

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DE SANTA RITA
CURSO DE DIREITO

TÁSSIO JOSÉ FLORENTINO DE OLIVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA
ANÁLISE DO INSTITUTO DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

SANTA RITA

2017

TÁSSIO JOSÉ FLORENTINO DE OLIVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E (IM) PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA
ANÁLISE DO INSTITUTO DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao curso de Direito do Departamento de
Ciências Jurídicas de Santa Rita da
Universidade Federal da Paraíba, como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos
Santos

SANTA RITA

2017

O48j	<p>Oliveira, Tássio José Florentino de.</p> <p>Jurisdição constitucional e improbidade administrativa: uma análise do instituto da notificação prévia à luz do princípio da duração razoável do processo / Tássio José Florentino de Oliveira – Santa Rita, 2017. 80 f.</p> <p>Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) – Universidade Federal da Paraíba. Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Ciências Jurídicas, 2017. Orientador (a): Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos.</p> <p>1. Jurisdição Constitucional. 2. Improbidade Administrativa. 3. Notificação Prévia. 4. Princípio da duração razoável do processo. I. Santos, Ronaldo Alencar dos. II. Título.</p>
BSCCJ/UFPB	CDU – 35

TÁSSIO JOSÉ FLORENTINO DE OLIVEIRA

**JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E (IM) PROIBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA
ANÁLISE DO INSTITUTO DA NOTIFICAÇÃO PRÉVIA À LUZ DO PRINCÍPIO DA
DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Graduação em Direito de Santa
Rita do Centro de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal da Paraíba como
exigência parcial da obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos
Santos.

Data da Aprovação: / /2017.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos
(Orientador)

Me. Ulisses da Silveira Job
(Examinador)

Dr. Newton de Oliveira Lima
(Examinador)

À memória do meu primo, Ricardo Pereira Lima, exemplo de ser humano, pessoa com a qual tive a honra e o prazer de crescer e conviver. Ricardo foi e sempre será um exemplo de bondade, perseverança, solidariedade e, principalmente, de luta. Certamente, o seu incentivo e a sua energia positiva foram essenciais para que eu chegasse a concluir essa etapa da minha vida.

Ninguém pode construir em teu lugar as pontes que precisarás passar para atravessar o rio da vida. Ninguém, exceto tu, só tu. Existem por certo, atalhos sem números, e pontes e semideuses que se oferecerão para levar-te além do rio; mas isso te custaria a tua própria pessoa. Tu te hipotecarias e te perderias. Existe no mundo um único caminho por onde só tu podes passar. Onde leva? Não perguntes, segue-o.

(Friedrich Nietzsche)

AGRADECIMENTOS

Nenhuma vitória é individual. Ninguém realiza um sonho sozinho. Por isso, quero agradecer a todas as pessoas que foram indispensáveis para a obtenção desta vitória e a concretização deste sonho.

Ao meu pai, Josezito Florentino de Oliveira, por todo apoio, o amor, à sua maneira, e o incentivo dispensados durante toda esta trajetória. Meu pai, que não teve as mesmas oportunidades que eu, que viveu a maior parte da vida trabalhando na roça, que já enfrentou tormentosas labutas nas usinas de cana de açúcar do sudeste do país, tudo para assegurar o melhor para a sua família. Ao senhor, digo-lhe sem titubear, minha eterna gratidão por tudo. Tenho imenso orgulho de ser seu filho.

Ao meu irmão, Alexandre Florentino de Oliveira, e à minha irmã, Daria de Oliveira Lima, por serem as principais razões da minha luta diária, em busca de uma vida melhor. Sempre busco ser um exemplo a ser seguido por eles. Que sempre nutramos amor e carinho uns pelos outros. Agradeço por existirem.

A todos os meus familiares, em especial minhas/meus tias/tios, primos/primas, avós, que foram pontes para o êxito dessa passagem. Família Pereira, Oliveira e Florentino, às quais tenho a honra de fazer parte, muito obrigado por tudo. O apoio, o incentivo e a confiança de vocês me impuseram as forças necessárias para concluir esta jornada.

À todos os meus amigos e à todas as pessoas que direta ou indiretamente, próximos ou distantes, torceram, vibraram, apoiaram, contribuíram, para que esta etapa fosse concluída com sucesso. Não designarei nomes para não ser injusto com alguém, mas tenho a certeza que todos os verdadeiros amigos e todas as pessoas que estiveram ao meu lado são contemplados com este singelo agradecimento.

Aos colegas e amigos do curso de Direito da UFPB de Santa Rita, pela troca de experiência, pelo convívio durante longos cinco anos, pelos ensinamentos transmitidos por cada um e cada uma, enfim, por tudo.

Aos professores e professoras do Departamento de Ciências Jurídicas da UFPB, por serem verdadeiros mestres na arte de ensinar. Por provocarem em nós estudantes não apenas o desejo de aprender, mas principalmente de mudar o mundo. Aos verdadeiros mestres e doutores que entendem que a academia deve formar cidadãos conscientes e comprometidos com a transformação da realidade social. Saibam que suas lições jamais se afastarão do mister que escolhi. Agradeço, sobretudo, aos vossos ensinamentos.

Ao meu estimado orientador, Prof. Dr. Ronaldo Alencar dos Santos, por sua prontidão em aceitar o convite de orientação. Por sua extrema competência na condição de Professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, sendo um dos docentes que, sem dúvida, inspira a todos os alunos e alunas. Por sua dedicaçãoe pelos valiosos ensinamentos dispensados para a elaboração deste trabalho. Ao Senhor, Professor Dr. Ronaldo Alencar, meu muito obrigado.

Ao Núcleo de Estudos e Pesquisas Afro-brasileiros e Indígenas da Universidade Federal da Paraíba (NEABI/UFPB), por ter me introduzido na pesquisa e na extensão universitárias, mormente numa temática tão cara à sociedade brasileira, que é o tema das relações etnicorraciais. Assim, em nome da Professora Dr.^a Solange Rocha e do Professor Dr. Marco Aurélio Paz Tella, agradeço a todos os amigos e amigas que fizeram e fazem parte do NEABI/UFPB.

Ao Ministério Público Federal na Paraíba, local onde tive a honra de estagiar durante dois anos. Agradeço a todos/todas os/as servidoras/servidores, estagiários/estagiárias, funcionários e procuradores da república, pelo acolhimento e pelos ensinamentos. Destaco, em especial, as indispensáveis contribuições das servidoras Mariana Queiroz, Candice Alexandra e Kátia, dos estagiários Gustavo Cavalcanti Pessoa, Luiz Felipe Rabelo e Aristóteles Venâncio, bem como do Procurador da República Sérgio Rodrigo Pimentel de Castro Pinto, com os quais tive a satisfação de conviver diariamente durante todo o período de estágio. Pelos ensinamentos, pelos diálogos travados, pelo exemplo de competência e caráter, pelo cafezinho de todas as tardes e, principalmente, pela amizade, minha gratidão a todos vocês!

Ao Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba, órgão no qual finalizo minha experiência prática enquanto acadêmico. Agradeço a todos os que compõem o TRE/PB, em especial a servidora Anna Chrystina Diniz, ao servidor Eduardo Rangel e ao juiz de direito Antônio Carneiro de Paiva Júnior, pela excelente receptividade, pelos estimados ensinamentos durante o estágio e, principalmente, pelo exemplo de competência e de humanismo. Suas lições me engrandeceram não apenas como estudante e futuro profissional, mas principalmente como ser humano. Meus singelos agradecimentos a todos vocês!

Enfim, dedico o mais profundo agradecimento a pessoa mais importante da minha vida, sem a qual não estaria aqui, vivenciando esse momento tão especial. À minha mãe, Deborah Gleine de Oliveira, maior inspiração, para quem expresso meus sentimentos e agradecimentos através da música:

Para tu amor lo tengo todo
Desde mi sangre hasta la esencia de mi ser
Y para tu amor que es mi tesoro
Tengo mi vida toda entera a tus pies
Y tengo también
Un corazón que se muere por dar amor
Y que no conoce fin
Un corazón que late por vos
Para tu amor no hay despedidas
Para tu amor yo solo tengo eternidad
Y para tu amor que me ilumina
Tengo una luna, un arco iris y un clavel
Y tengo también
Un corazón que se muere por dar amor
Y que no conoce fin
Un corazón que late por vos
Por eso yo te quiero tanto que no sé como explicar
Lo que siento
Yo te quiero porque tu dolor es mi dolor
Y no hay dudas
Yo te quiero con el alma y con el corazón
Te venero
Hoy y siempre gracias yo te doy a ti mi amor
Por existir
Para tu amor lo tengo todo
Lo tengo...
Lo tengo todo y lo que no tengo también
Lo conseguiré
Para tu amor que es mi tesoro
Tengo mi vida toda entera a tus pies
Y tengo también
Un corazón que se muere por dar amor
Y que no conoce fin
Un corazón que late por vos
Por eso yo te quiero tanto que no sé como explicar
Lo que siento
Yo te quiero porque tu dolor es mi dolor
Y no hay dudas
Yo te quiero con el alma y con el corazón
Te venero
Hoy y siempre gracias yo te doy a ti mi amor
Por existir

Compositores: Juan Esteban Aristizabal

Todo caminho da gente é resvaloso
Mas também, cair não prejudica demais
A gente levanta, a gente sobe, a gente volta!
Correr da vida embrulha tudo, a vida é assim:
Esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa,
Sossega e depois desinquieta.
O que ela quer da gente é coragem.
Ser capaz de ficar alegre e mais alegre no meio da alegria,
E ainda mais alegre no meio da tristeza.

(João Guimarães Rosa)

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso tem como título “Jurisdição Constitucional e (Im)probidade Administrativa: Uma análise do instituto da notificação prévia à luz do princípio da duração razoável do processo”. A monografia é dividida em quatro capítulos. O primeiro deles discorre sobre noções preliminares imprescindíveis a compreensão da Improbidade Administrativa, como Política, Estado, formas de governo, focando a análise na República na Constituição de 1988 e nos deveres do administrador público. Doravante, aborda, neste primeiro momento, algumas implicações jurídicas decorrentes de condutas desviantes do ideal republicano. O segundo módulo centra a abordagem na Improbidade Administrativa, destacando os diversos atos ímprobos previstos na Lei n.º 8.429/1992. O terceiro capítulo versa sobre o paradigma da jurisdição constitucional, com foco na força normativa da Constituição e no conceito de princípios jurídicos, finalizando o esboço com a apresentação de um panorama geral sobre o princípio da duração razoável do processo. Ademais, o quarto módulo dedica-se a análise do procedimento atualmente vigente na Lei n.º 8.429/1999, concentrando o estudo na fase de notificação prévia e destacando-se as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que o instituto suscita. Em linhas finais, o trabalho procura apontar a origem e o fundamento de sobredita fase, demonstrando, ainda, a existência de uma dupla fase defensiva no processo de improbidade e a necessidade de fazer uma adequação com o procedimento adotado no âmbito do processo penal brasileiro, de modo a privilegiar técnicas que promovam a efetividade da tutela jurisdicional de índole constitucional e concretizadora dos princípios jurídicos, em especial do postulado da duração razoável do processo.

Palavras-chave: Jurisdição Constitucional. Improbidade Administrativa. Notificação Prévia. Princípio da duração razoável do processo.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA	17
2.1 O ESTADO SEGUNDO A TEORIA POLÍTICA MODERNA: CONCEITO(S) E FUNDAMENTO(S)	19
2.1.1 Notas sobre as principais formas de governo: Da Monarquia à República.....	21
2.2 A REPÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO	24
2.2.1 Implicações jurídicas decorrentes de condutas desviantes do ideal republicano: crimes de responsabilidade, crimes contra a administração pública, atos de improbidade administrativa e seus reflexos na seara eleitoral.....	27
3 (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA	34
3.1 ATOS ÍMPROBOS TIPIFICADOS NA LEI N.º 8.429/1992.....	35
3.1.1 Atos que importam enriquecimento ilícito.....	36
3.1.2 Atos que causam prejuízo ao erário.....	39
3.1.3 Atos que violam os princípios da administração pública.....	41
4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO POSITIVISMO CRÍTICO (PÓS-POSITIVISMO)	43
4.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO EM RONALD DWORKIN E SUA NORMATIVIDADE	48
4.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO...50	
5 A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	56
5.1 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA..56	
5.1.1A atuação do Ministério Público na defesa do patrimônio público nas ações de improbidade administrativa.....	57
5.2RITO PROCEDIMENTAL	58

5.2.1 A origem da fase de notificação prévia e o argumento justificador: consequências jurídicas da inobservância	60
5.2.2 Os efeitos da notificação prévia no contexto atual: o PL n.º 4850/2016 – dez medidas de combate à corrupção e a proposta de alteração do procedimento previsto na Lei n.º 8.429/1992	65
5.3 A EXISTÊNCIA DE DUPLA FASE DEFENSIVA NO PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO RITO ESTABELECIDO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	70
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	74
REFERÊNCIAS	77

“A lei do teu contrato não faculta
Que possas aplicar aos teus negócios
Os públicos dinheiros. Tu, com eles,
Pagaste a teus credores grandes somas!
Ordena a sábia Junta que dê logo
Da tua comissão estreita conta;
O chefe não assina a portaria,
Não quer que se descubra a ladroeira
Porque te favorece, ainda à custa
Dos régios interesses quando finge
Que os zela muito mais que as próprias rendas.
Por quê, meu Silverino? Porque largas,
Porque mandas presentes mais dinheiro.”

(Tomás Antônio Gonzaga, Cartas Chilenas, “Carta n. 8)

1 INTRODUÇÃO

O estudo de todo e qualquer instituto jurídico perpassa a abordagem da Política, do Estado, do governo, da Constituição, enfim, da ciência política, afinal o desenvolvimento da Sociedade e, pois, do homem, prescinde, obviamente, de uma análise histórica e, enfim, dos contornos que foram se desenhando ao longo da dialética estabelecida temporalmente pelos sujeitos sociais.

Inegável se revela que a efetividade dos institutos jurídicos depende da efetividade das finalidades do Estado, as quais, como dito, foram paulatinamente produzidas ao longo do tempo, até culminar com a visão de bem comum.

Ocorre que, tal finalidade estatal, fiel ao contrato social instituído mediante acordo de vontade entre os homens, encontra diversos obstáculos no decorrer de sua materialização, máxime em função da estruturação social, da maximização do poder econômico sobre o poder político e, principalmente, em virtude de desvios de conduta ética perpetrados por aqueles a quem se delega a gestão e a responsabilidade pela concreção dos objetivos do Estado.

Nesse contexto, sem dúvida a corrupção enquanto fenômeno tendente a se afastar das finalidades para as quais o Estado foi criado (primar pelo interesse geral de todos que compõem a comunidade pública) é um dos principais problemas que põem em xeque a crença na efetividade e na própria necessidade de existência do Estado, embora, como dito, seja absolutamente repulsivo o retorno ao “mundo primitivo”.

Assim é que a improbidade administrativa, tida como uma espécie de corrupção *strictu sensu*, surge como um tema que merece a mais séria atenção da comunidade jurídica, pois compromete a integridade das instituições democráticas e a própria credibilidade da Administração Pública enquanto uma das facetas do Estado, mediante práticas eivadas de patrimonialismo, que subvertem os vetores axiológicos norteadores da função administrativa.

Com efeito, subjaz imprescindível para o combate de tal anomalia no setor público, a delimitação de uma legislação alinhada à defesa do patrimônio público e rigorosa no que tange a punição dos autores de práticas de malversação da coisa pública, sem descurar, obviamente, da obediência aos princípios e garantias fundamentais consagrados nas Cartas Constitucionais de índole democrática e republicana.

Nesse contexto, sem embargo da implementação de ações governamentais que visem concretizar uma identidade republicana no âmbito da Administração Pública, primando pelo aspecto da prevenção de atos de corrupção, urge que sejam adotadas medidas legislativas que permitam uma eficiente e eficaz aplicação das leis, através da jurisdição constitucional, visto

que o patrimônio público é, antes de tudo, um direito fundamental de terceira dimensão e, portanto, de aplicação imediata, sendo certo que sua concretização demanda a efetividade da tutela jurisdicional.

É nesse sentido que se insere o presente trabalho, o qual tem como escopo analisar sob uma premissa constitucional (principiológica-normativa), o instituto da Notificação Prévia nas ações processuais de improbidade administrativa que visam tutelar direitos fundamentais de terceira dimensão, fazendo, em especial um estudo do tema à luz do princípio constitucional da razoável duração do processo. Referido instituto jurídico foi criado pela Medida Provisória 2.225-45/2001, estando atualmente disciplinado no artigo 17, §7º, da Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa).

Trata-se de uma fase preliminar no ritual procedimental do respectivo processo de apuração de condutas ímprobas de que trata a Lei de Improbidade Administrativa (artigos 9º 10 e 11), porquanto antes de receber a petição inicial o juiz deve determinar a notificação do demandado para que se manifeste acerca dos fatos imputados, de sorte que somente após tal diligência é que o magistrado poderá analisar a viabilidade da acusação e providenciar a citação do réu para que, querendo, ofereça contestação.

Acontece que a aplicação do instituto jurídico em tela é alvo de controvérsias na atualidade, haja vista ter efeito imediato sobre a efetividade da tutela jurisdicional de defesa do patrimônio público.

Desta forma, o trabalho em foco visa, a partir de um tema amplo, que é a improbidade administrativa, abordar, de forma exploratória, com suporte na revisão bibliográfica e jurisprudencial, aspectos processuais do procedimento de apuração de atos ímprobos, especificamente da aludida fase de notificação prévia, prevista no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.429/1992. Tendo em vista o giro paradigmático decorrente do pós-positivismo, a pesquisa em tela concentrou-se numa leitura do tema em sintonia com a Constituição Federal de 1988, especialmente com os princípios jurídicos.

A metodologia adotada para o desenvolvimento do presente trabalho se valeu de premissas básicas imprescindíveis a compreensão específica do tema focado. Para tanto, fez-se uso do método dedutivo. Neste particular, partiu-se da análise da doutrina brasileira e estrangeira para fins de, num primeiro momento, compreender a origem e o fundamento da dita fase procedimental, para, posteriormente, a partir da dialética argumentativa, analisar a necessidade/desnecessidade/sobrevivência do referido ato processual diante de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico vigente.

De modo mais específico, a pesquisa teve como procedimento de coleta de dados a revisão bibliográfica, de natureza exploratória, para o acesso à doutrina (presente em livros, artigos, plataforma digitais, entrevistas) em diversas áreas das ciências jurídicas, com destaque para a ciência política, o direito constitucional, a hermenêutica jurídica, a teoria geral do direito, o direito administrativo, o direito processual civil e o direito processual penal, bem como da legislação nacional relacionada ao tema.

Por derradeiro, destaca-se a apresentação e discussão de projetos de lei pertinentes ao tema em glosa, bem assim a análise de casos concretos que evidenciam as divergências da sobredita fase procedimental.

Nesse diapasão, o trabalho foi dividido em quatro partes.

Inicialmente, faz-se uma abordagem histórica de temas relevantes, essenciais à compreensão do fenômeno da Improbidade Administrativa, como o conceito e origem da Política, aspectos relacionados ao histórico e definição de Estado, formas de governo, focando a análise na República e nos deveres do Administrador Público. Ainda no primeiro capítulo, buscou-se apontar as principais implicações jurídicas que decorrem da violação dos deveres republicanos. Doravante, no segundo capítulo, acrescenta-se um panorama geral da (im)probidade administrativa, passando em seguida a apresentar uma definição do ponto de vista legal, com destaque para as espécies de atos de improbidade delineados na Lei n.º 8.429/1992. Por seu turno, o terceiro módulo prossegue com o estudo do paradigma da jurisdição constitucional, com foco na força normativa da Constituição e na vinculação dos princípios jurídicos, finalizando o esboço com a apresentação de um panorama sobre o princípio constitucional da duração razoável do processo. Ademais, o quarto capítulo, descreve o procedimento atualmente vigente na Lei n.º 8.429/1999, focando a análise no ponto central do trabalho, qual seja, a mencionada fase de notificação prévia e as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que o instituto suscita. Procura apontar a origem e o fundamento de sobredita fase, fazendo um paralelo com o procedimento adotado no âmbito do processo penal brasileiro. Ao final, procura apresentar um posicionamento sobre a fase da notificação prévia, propondo uma solução que privilegie, a uma só tempo, a celeridade e efetividade da tutela jurisdicional em consonância com o princípio constitucional da duração razoável do processo.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE POLÍTICA

Desde a antiguidade até os nossos dias, o ser humano procura definir o conceito de política.

Com efeito, diz-se, estreme de dúvidas, que os estudos da Política passaram a ter profundidade com os gregos, em suas indagações filosóficas sobre os aspectos da vida em comunidade.¹

Para a civilização grega clássica, a política confundia-se com a vida pública dos cidadãos, em contraposição à vida privada (relacionada à família). Era o espaço destinado ao debate em torno das questões de interesse da *polis*, da cidade. Mas não era só. Os gregos viam na política a forma de determinação do comportamento individual e de realização plena da vida em sociedade.²

Dentre os vários pensadores, cientistas e filósofos daquele contexto histórico, Aristóteles é alçado como o grande expoente do pensamento político. Em *Ética a Nicômaco*³, o autor destaca que a política tem por finalidade o bem maior do homem, que é a felicidade. A ciência política, nesse norte, deve fornecer o substrato para o alcance de tal finalidade existencial, ao descrever o modo como o homem deve e não deve agir. Neste particular, a política é compreendida como sinônimo de moral e de ética, sendo responsável pelo estudo da conduta individual.

Entretanto, em outro livro de sua autoria, intitulado de “Política”,⁴ o filósofo grego adota concepção distinta da apresentada em *Ética a Nicômaco*. Nesta nova abordagem, o homem é compreendido como um animal social que necessita viver em comunhão com o seu semelhante (em grupo) e, portanto, em comunidade, ambiente através do qual poderá, efetivamente, melhorar de vida e, em última análise, alcançar a felicidade.⁵

Nessa perspectiva, há uma transmutação do conceito originariamente adotado por Aristóteles e a política passa a ser vista como algo estreitamente relacionado ao Estado e a seus consectários lógicos (governo, democracia, poder). A ciência política, nesse momento, passa a ser considerada o instrumento dedicado ao estudo da organização da sociedade, em um plano ideal, com vistas a proporcionar o bem, que permanece sendo a felicidade.

¹ COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, rev. at. e amp, 2012, p. 5.

² GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

³ ARISTOTELES. **Ética a Nicômaco**. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 9-10.

⁴ ARISTOTELES. **A Política**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 53.

⁵ *Ibidem*.

Apesar da aparente distinção retratada nas obras do citado autor, o fato é que ambas as conceituações do tema focado restam imbricadas, afinal, de um lado a Política é compreendida como uma forma de vida que busca o bem (felicidade) e, de outro, cuida-se de uma ciência dedicada ao estudo das formas de Estado, governo e do regime capazes de efetivar essa maneira de viver.

Ante as premissas expostas, pode-se dizer que a política é indissociável dos aspectos da vida em comunidade, sendo umbilicalmente ligada às ações diariamente desenvolvidas pelos indivíduos, sejam elas relacionadas à cultura ou à arte. Diz respeito ao conjunto de relações intersubjetivas estabelecidas pelos cidadãos de uma dada sociedade. Noutras palavras, representa a tomada de decisões através de meios públicos e do diálogo comunicativo, em contraste com a orientação de cunho pessoal, adotada particularmente pelos indivíduos segundo suas escolhas existenciais.⁶

Ademais, está relacionada ao poder, algo que devido à infinidade de variáveis e circunstâncias é difícil de conceituar, embora possam ser destacadas algumas características que se entremostam suficientes para definir, com certo grau de clareza, o que vem a ser esse fenômeno, nas singelas lições de Dalmo de Abreu Dallari:

A primeira característica a ser estabelecida é a socialidade, significando que o poder é um fenômeno social, jamais podendo ser explicado pela simples consideração de fatores individuais. Outra importante característica é a bilateralidade, indicando que o poder é sempre a correlação de duas ou mais vontades, havendo uma que predomina. É importante que se tenha em conta que o poder, para existir, necessita da existência de vontades submetidas. Além disso, é possível considerar-se o poder sob dois aspectos: ou como relação, quando se procede ao isolamento artificial de um fenômeno, para efeito de análise, verificando-se qual a posição dos que nele intervêm; ou como processo, quando se estuda a dinâmica do poder.⁷

Deveras, o poder consubstancia um fenômeno social por meio do qual uma pessoa, grupo ou ente personalizado, determina a atuação de outrem, de sorte que o poder político, enquanto espécie de manifestação deste primeiro, circunscreve um feixe que, segundo Norberto Bobbio: “[...] vai-se assim identificando com o exercício da força e passa a ser definido como aquele poder que, para obter os efeitos desejados [...], tem o direito de se servir da força, embora em última instância, como *extrema ratio*”.⁸

Mas, convém destacar que o poder político somente é legítimo quando as suas ordens guardam conformidade com o direito, pois como destaca Léon Duguit⁹ “Nem uma entidade possui o direito de mandar nos outros sem que suas determinações se conformem com as

⁶DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e Governo**. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983, p. 21.

⁷DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 34.

⁸BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: paz e terra, 2012, p. 80.

⁹DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996, p. 51.

normas do direito, seja esta entidade um rei, um parlamento, um imperador, ou uma assembléia popular”.

Nesse sentido, atrela-se o poder às prerrogativas delegadas aos governantes dos Estados, mormente quando se tem em conta que estes detêm legitimidade para tomar as decisões políticas através dos meios públicos, visando à direção e auto-administração dos povos.¹⁰

Em conclusão, inequívoco que a política representa uma forma de manifestação do poder político¹¹, que, em particular, é exercido pelo governo, cuja finalidade fundamental consiste em atender os anseios das comunidades no espaço público.

2.1 O ESTADO SEGUNDO A TEORIA POLÍTICA MODERNA: CONCEITO(S) E FUNDAMENTO(S)

O conceito de Estado, segundo Carl Schmitt, pressupõe o conceito do político¹², que restou consignado em linhas pretéritas. Dito isto, ao longo do tempo são observadas várias teorias explicativas e justificadoras da origem e existência do Estado.

Segundo a teoria positiva, defendida pelos contratualistas (dentre os principais Rousseau, Thomas Hobbes, Spinoza, John Locke), a instituição estatal surge a partir de um acordo racional entre os homens com vistas ao alcance de determinadas finalidades.

O contratualismo moderno aponta a existência de um contraste entre o estado de natureza e o estado civil intermediado pelo contrato social. Compreende-se que num primeiro momento os homens vivem num cenário onde paira a irracionalidade e o egoísmo, de modo que se faz necessário a superação deste estágio, que se dá mediante pacto, para que possam viver em harmonia, submetendo-se ao crivo de regras que salvaguardam a vontade geral em detrimento de uma liberdade natural ilimitada.

Neste sentido, em *Leviatã*, Thomas Hobbes destaca que a superação do estado de natureza e a formação de uma sociedade política organizada, a despeito de eliminar a guerra de todos contra todos (superar o estágio em que o homem é lobo do homem), permite uma vida pacificada:

¹⁰DEUTSCH. op. cit., p. 23.

¹¹ Ver conceito de poder político em: **Direito Administrativo da Ordem Pública** / AlvaroLazzarini ...'et. Al'.; apresentação Miguel Seabra Fagundes. 1ª e 2ª eds., e J. Cretella Júnior. 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 87.

¹² SCHIMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópoles: editora vozes, 1992, p. 43.

O fim último, causa final e desígnio dos homens (que amam naturalmente a liberdade e o domínio sobre os outros), ao introduzir aquela restrição sobre si mesmos sob a qual os vemos viver nos Estados, é o cuidado com sua própria conservação e com uma vida mais satisfeita.¹³

Embora discorde de Hobbes¹⁴ quanto à ideia de que o homem seja lobo do homem no estado de natureza, Jean-Jacques Rousseau também considera que o estado civil conduz a mudanças significativas na vida do homem, senão vejamos:

“Essa passagem do estado de natureza ao estado civil produz no homem uma mudança muito significativa, ao substituir em sua conduta o instinto da justiça, e dar a suas ações a moralidade que lhes faltava anteriormente. Só então a voz do dever sucede ao impulso físico, e o direito, ao apetite, e o homem, que até então não consideraria senão a si mesmo, se vê forçado a agir sob outros princípios e a consultar sua razão antes de ouvir suas inclinações.”¹⁵

Nesse diapasão, a teoria contratual acima esposada justifica a existência do Estado na assunção de um artifício racional entre os homens dirigido à formação de uma sociedade civil (política) organizada.

Mas o que vem a ser Estado ?

Inobstante as diversas vertentes que retratam, a seu modo, a tipologia de Estado, procura este trabalho compreendê-lo à luz de uma ordem política da Sociedade. Assim, não olvidando as diferentes correntes de pensamento (Hobbes, Locke, Espinoza, Rousseau, Kant, Kelsen, Marx, Duguit, entre outros), adota-se a tipologia de Estado cunhada por George Jellinek, para quem este “é uma corporação formada por um povo dotada de poder de mando originário e assentada em um determinado território”¹⁶ (Tradução nossa), com o acréscimo de um elemento finalístico, que é o bem comum. É nesse sentido que Dalmo de Abreu Dallari apregoa que a entidade estatal representa uma “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.¹⁷

Evidentemente, a concepção estatal assinalada não pode e nem dever ser compreendida à míngua da realidade social e das condições políticas e econômicas produzidas ao longo da história. Em verdade, conforme Lênio Luiz Streck e José Luiz Bolzan de Moraes, “o Estado é um fenômeno original e histórico de dominação”, de modo que “cada

¹³ HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Versão digital. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em 16 de março de 2017.

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Col. A obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2013, p. 31.

¹⁶ “es una corporación formada por un pueblo dotada de poder de mando originário y asentada em un determinado território”. (JELLINEK, George. **Teoria General del Estado**. 2ª ed. Mexico: companhia editorial continental, S. A., 1958, p. 147).

¹⁷ DALLARI, op. Cit., p. 118.

momento histórico e o correspondente modo de produção (prevalente) engendram um determinado tipo de Estado”.¹⁸

Em relação ao Estado Moderno, prosseguem os autores:

“(…) o Estado moderno, em sua primeira versão (absolutista), nasce das necessidades do capitalismo ascendente, na (ultra)passagem do período medieval. Ou seja, o Estado não tem uma continuidade (evolutiva), que o levaria ao aperfeiçoamento; são as condições econômico-sociais que fazem emergir a forma de dominação apta a atender os interesses das classes hegemônicas”.¹⁹

De fato, não se pode negar o viés de dominação que o Estado encerra, no entanto, segue-se, para efeito deste trabalho, a doutrina da maioria dos estudiosos da ciência política²⁰, que adotam a concepção estatal assinalada por Jellinek e por Dalmo de Abreu Dallari, de sorte que, nessa linha, o Estado – originado a partir de um acordo de vontades – é visto como um ente abstrato²¹, formado pelo conjunto de pessoas (cidadãos) que vivem sob os auspícios de um território bem definido, e cuja finalidade é promover uma série de promessas destinadas a realizar o bem comum²². Neste ponto, o governo aparece como a face ativa deste ente ideal, responsável por concretizar a soma dos interesses da sociedade politicamente organizada.

2.1.1 Notas sobre as principais formas de governo: Da Monarquia à República

Tradicionalmente, tem se apontado para a existência de duas formas de governo: república e monarquia. A república, segundo clássica definição de Montesquieu, compreende a democracia e a aristocracia. A natureza do governo democrático reside, segundo o autor, em a soberania está nas mãos do povo, ao passo que entende como aristocrático o governo cuja soberania pertence apenas a uma parcela do povo.²³

No que se refere à monarquia, salienta Montesquieu que cuida de um governo de uma só pessoa, mediante a observância de leis fundamentais.²⁴

¹⁸STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 28

¹⁹Ibidem.

²⁰Cuja conceituação original se encontra na obra “Os Seis Livros da República” de Jean Bodin.

²¹A abstração como elemento conceitual do Estado não pode e nem deve anular a formação histórica e peculiar de cada Estado propriamente dito, de modo que não há um Estado Universal, a-histórico e metafísico.

²²Segundo Maia (2008, p. 47-63, apud LIMA, 2009), “O bem comum, num sentido axiológico mais profundo, efetivamente constitui um bem a ser atingido e legitimamente concretizado pelo ser humano, mas que deve, todavia, ser direcionado em função dos valores ético-jurídicos que em última análise ampliam seu significado e dão-lhe sentido e eficácia transformadora da realidade social [...] (LIMA, Newton de Oliveira. Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abrantes, 2009, p. 196).

²³MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 19.

²⁴Ibidem, p. 26.

Destarte, a história demonstra que durante muito tempo vigorou o modelo de monarquia absolutista, na qual o Estado era comandado pelo rei, tido como a personificação divina na terra. Naquele momento histórico, a atuação do monarca era diretamente controlada pelo clero, que, por sua vez, fundava seu poder no direito natural.

Nesse sentido, seguem as lições de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes:

A base de sustentação do poder monárquico absolutista estava alicerçada na ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. O rei seria o representante de Deus na Terra, o que lhe permitia desvincular-se de qualquer vínculo limitativo de sua autoridade.²⁵

Como se nota, a monarquia absolutista caracterizava-se pela concentração do poder nas mãos de uma única pessoa, o rei, dispensando-se qualquer manifestação de vontade dos súditos, que não detinham prerrogativa alguma no que tange à escolha ou controle dos atos praticados pela majestade, cuja atuação era legitimada pela confiança divina.

Malgrado, a eclosão de conflitos sociais desencadeados pela insatisfação de grupos com o modelo então vigente redundou no surgimento de uma nova roupagem do regime monárquico, que passou a deter uma base constitucional de justificação e ao mesmo tempo de imposição de limites ao exercício do poder. É o surgimento da monarquia constitucional.²⁶

Pedro Sabino de Farias Neto define o regime em alusão nos seguintes termos:

(...) A monarquia constitucional consiste na forma de governo em que o rei exerce o poder executivo, apenas, de modo conjugado aos Poderes Legislativo e Judiciário, conforme os termos expressos em Constituição estabelecida.²⁷

Assim, na monarquia constitucional, o rei continua governando, de forma permanente, mas agora está sujeito a limitações, estabelecidas na Constituição. Ainda nessa passagem, surge, como aponta Dallari, outra limitação ao poder do monarca, que decorre da adoção do sistema parlamentarista.

Nesse sentido, arremata o autor:

Adotando o sistema parlamentar de governo, com a manutenção da monarquia, o monarca não mais governa, mantendo-se apenas como chefe de Estado, tendo quase que só atribuições de representação, não de governo, pois passa a ser exercido por um Gabinete de Ministros.²⁸

As principais características da monarquia absolutista são: vitaliciedade, hereditariedade e irresponsabilidade. Pela primeira, considera-se que o monarca não governa por um tempo determinado, podendo se perpetuar no poder enquanto tiver condições para tanto. A segunda característica aponta que a escolha do monarca se dá de forma hereditária,

²⁵ STRECK; MORAIS, op., cit., p. 45

²⁶ DALLARI, op. cit., p. 226.

²⁷ NETO, Pedro Sabino de Farias. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2003, p. 86.

²⁸ DALLARI, op. cit.

isto é, verificando-se a linha de sucessão biológica. Morrendo o monarca, assume o posto o herdeiro da coroa. Por fim, a terceira característica imuniza o monarca de qualquer responsabilidade política, não devendo explicações ao povo pela adoção de certa orientação ideológica.

A república²⁹, por sua vez, surge como uma forma de governo totalmente antagônica à monarquia. Nela, sobreleva a importância da participação popular, daí porque não raras vezes é confundida com a democracia. Sem embargo das contribuições de autores clássicos, a exemplo de Aristóteles, é em Maquiavel, mormente em seu livro “*Discurso Sobre A Primeira Década de Tito Lívio*”, que a república surge na sua versão moderna.³⁰

Referida forma de governo decorre da luta de grupos contra o regime absolutista. De fato, reivindicava-se não apenas a superação da monarquia, mas a efetiva participação popular nos rumos do Estado, de modo que a república, como assinala Dallari, surge “como o símbolo de todas as reivindicações populares”.³¹

Nessa toada, inaugura-se um modelo no qual as decisões políticas passam pelo crivo popular, não mais se restringindo ao talante do monarca. Dá-se início ao sistema político que impõe limitações jurídicas aos governantes, que agora passam a ser responsabilizados (responsabilidade) pelos seus atos políticos. Supera-se, ademais, a ideia de vitaliciedade e de hereditariedade próprias do regime antecedente, ou seja, os detentores do poder passam a sereleitos pelo povo (eletividade) – e não mais escolhidos em linha sucessória – para representar os interesses coletivos por certo lapso (temporariedade).

Com efeito, a implantação do governo republicano instaura uma série de vantagens de ordem social, notadamente devido a marca democrática que carrega, razão pela qual passa a ser almejado por diversos povos. Lado outro, impõe uma série de deveres aos gestores da *res publica*.

²⁹ Importante pontuar para o leitor que a concepção de república, na visão grega clássica (no diálogo de Platão, por exemplo) é distinta da concepção de república no contexto moderno. Para os gregos a república não era uma forma de governo democrática na qual todos os cidadãos teriam direito de participar das decisões políticas do Estado. Em verdade, o termo representava a busca de um Estado ideal platônico, cujo expoente seria o rei filósofo (ver “O significado da palavra “república” no título do diálogo A República de Platão. Disponível em: <<https://www.rchunitau.com.br/index.php/rch/article/viewFile/219/125>> Acesso em: 20 de abri. 2017). Já no contexto da modernidade, a república é uma forma de governo com contorno democrático, antagônica à Monarquia.

³⁰ É importante destacar que a república também é tratada por Maquiavel na obra O Príncipe, sobretudo quando referido autor destaca que todos os Estados e todos os governos que tiveram ou têm autoridade sobre os homens foram e são ou repúblicas ou principados (MAQUIAVEL, Nicolal. O Príncipe. 5ª ed. Rio de Janeiro: difel, 2009, p. 23.)

³¹ Ibidem, p. 228.

2.2 REPÚBLICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

No Brasil, a constituição da República como forma de governo e do federalismo como forma de Estado não prescinde de uma análise da conjuntura política e social da época. Nesse sentido, pode-se dizer que a decisão política que implantou a forma de governo e de estado então vigentes ocorreu, na origem, para atender a uma série de interesses da classe oligárquica rural, se constituindo numa ferramenta jurídica de extensão e consolidação de uma política de dominação, que culminou com o coronelismo típico da República Velha, assim como, na perpetuação do patrimonialismo no Estado, cuja repercussão sobre a democracia brasileira se faz sentir até os dias atuais, onde se verifica a manutenção de enormes vícios na política brasileira, obstando a efetiva concretização dos ideias republicanos.³²

De fato, inegável que a implantação da república e com ela a forma federativa de estado, não teve participação efetiva do povo brasileiro, que era mantido à margem de qualquer decisão política no âmbito de um regime escravista em pleno vigor.

Somente com a redemocratização do País e, assim, a implantação de uma Constituição cidadã é que a República passa a ganhar contornos democráticos mais expressivos, mormente mediante o asseguramento de métodos de participação popular com vistas à tomada de decisões na esfera pública da comunidade. Pois bem, a República na Constituição de 1988 é divulgada no art. 1º da Constituição Cidadã de 1988 dispõe que a “República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político”, dispondo o parágrafo único do mesmo dispositivo que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Como já antecipado, através da forma republicana de Estado, os cidadãos com capacidade eleitoral ativa, através do exercício do voto direto e secreto, elegem seus

³² Em estudo sobre o Federalismo na conjuntura política de 1870 a 1971, Ronaldo Alencar dos Santos conclui que: (...) o conjunto de ações políticas levadas a cabo no contexto que vai de 1870 a 1891, na reforma política de implantação do governo republicano e transição para o estado federal no Brasil, foi fruto da articulação entre os interesses das oligarquias agrárias e do capital comercial, em especial do setor da cafeicultura, do eixo econômico Rio de Janeiro - São Paulo - Minas Gerais, concretizados com o apoio militar da Guarda brasileira, se constituiu num mecanismo de dominação política oligárquica e familiar, cuja maior expressão é o coronelismo, disfarçadas sobre o recurso ideológico de implantação de um governo democrático. Artigo completo disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=60c4a88bac6125d4>> .

representantes, outorgando-lhes o ônus de governar a nação por dado período, sempre com vistas a realizar o bem comum. Nessa senda, sobressaem-se duas características da República, quais sejam, eletividade e temporariedade.

Com efeito, frente à relevância da função, o gestor da república está adstrito a uma série de obrigações previstas no ordenamento nacional, devendo manter uma conduta retilínea e condizente com os preceitos éticos e morais construídos ao longo do tempo, sem olvidar que o interesse público deve nortear toda a sua atuação, sob pena de incidir a terceira característica da forma de governo em comento, que é a responsabilidade.

A propósito, merece atenção as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello quando assevera que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”.³³

Ademais, ensina Fernanda Marinela que:

Os bens, direitos e interesses públicos são confiados ao administrador para gestão, nunca para sua disposição. O administrador tem o dever de guarda, aprimoramento e conservação, lembrando que a atividade administrativa é um *munus publico*, é encargo, é obrigação para os administradores.³⁴

Nesse diapasão, sendo a república a forma de governo adotada pelo Estado Brasileiro, deve a atuação governamental primar pela inarredável obediência aos deveres consignados na Constituição e nas leis subjacentes, destinando-se à consecução do interesse público em detrimento do particular.

Entre os diversos deveres vinculantes da atuação do administrador público, ingressam como principais os seguintes: dever de eficiência, dever de prestação de contas e dever de probidade.

Em relação ao último, eis o apanágio de Hely Lopes Meirelles:

“O dever de probidade está constitucionalmente integrado na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. O velho e esquecido conceito romano do *probus* e do *improbus* administrador público está presente na nossa legislação administrativa, como também na Constituição da República, que pune a improbidade na administração com sanções políticas, administrativas e penais [...]”³⁵

Fernanda Marinela, por seu turno, arremata que:

“(...) A atividade administrativa é um *munus público* para quem a exercita, ou seja, um encargo de custódia e de melhoria de bens, serviços e interesses

³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 59

³⁴ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012, p.28.

³⁵ MEIRELLES, op. cit., p. 9-10.

da coletividade. Sendo assim, diversos são os deveres dos agentes públicos [...]”³⁶

O dever de probidade, para a autora, “significa a correção de intenções e comportamentos no desdobrar da atuação do agente”.³⁷ Ademais, relevante é o ensinamento de Waldo Fazzio Júnior, para quem:

O dever de conduta ética decorre do princípio constitucional da moralidade administrativa e impõe ao servidor público a obrigação de jamais desprezar o elemento ético de sua conduta.³⁸

Ainda sobre o dever de probidade, vaticina Diogenes Gasparini:

Esse dever impõe ao agente público o desempenho de suas atribuições sob pautas que indicam atitudes retas, leais, justas e honestas, notas marcantes da integridade do caráter do homem. É nesse sentido do reto, do leal, do justo e do honesto que deve orientar-se o agente público no desempenho do cargo, função ou emprego junto ao Estado ou entidade por ele criada, sob pena de ilegitimidade de suas ações.³⁹

A noção de probidade e de boa administração encetada pela doutrina acima citada é tratada com especial atenção pelo constituinte de 1988, sobretudo no caput do art. 37 (“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”), sendo detalhada, de forma mais específica, na Lei n.º 8.429/1992, quando vaticina, em seu art. 4º que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos.”

Portanto, deflui-se que a República Federativa do Brasil, estatuída no art. 1º da Lei Maior, impõe ao administrador público uma atuação consentânea com vários deveres, em especial com o dever de probidade administrativa, assim entendido como um padrão de conduta ético e moral, materializado mediante a ação honesta no trato com a coisa pública, considerando que o agente público administra interesse de mesma natureza, jamais um projeto individual de poder, embora, como dito, ainda persistam na política brasileira práticas corruptos que remontam a própria conjuntura política de constituição da república e do federalismo.

³⁶MARINELA, op. cit., 232.

³⁷FAZZIO Jr, op. cit.

³⁸Ibidem.

³⁹GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2008, p. 153.

2.2.1 Implicações Jurídicas decorrentes de condutas desviantes do ideal republicano: crimes de responsabilidade, crimes contra a administração pública, atos de improbidade administrativa e seus reflexos no direito eleitoral

No afã de responsabilizar os agentes públicos por condutas desviantes dos ideais republicanos, o ordenamento jurídico pátrio prevê uma série de medidas punitivas, que variam conforme a gravidade, a natureza do ilícito perpetrado, bem como as sanções decorrentes de cada espécie de *haftung*⁴⁰, daí advindo, como dito no tópico anterior, a responsabilidade civil, a administrativa e a penal.⁴¹

De maneira geral, a responsabilidade civil pode ser definida como toda ação ou omissão, dolosa ou culposa, do funcionário, que causa danos a alguém.⁴² Desnecessário dizer que entre a conduta dolosa ou culposa e o dano deve haver necessário liame (nexo de causalidade), sob pena de não incidir referida responsabilização.

A conduta omissiva ou comissiva, conquanto cause prejuízo a outrem, força o causador do dano a ressarcir ou reparar a vítima, restabelecendo o *status quo ante*, na hipótese de dano de ordem meramente material, ou ao menos dirimindo as dores do prejudicado, quando envolver dano moral.

Por outro lado, a responsabilidade administrativa decorre de violação às regras e princípios que informam o direito administrativo, ensejando punições aos agentes públicos na esfera disciplinar.

Ademais, a responsabilidade penal advém da prática de infração penal (crime ou contravenção), acarretando a imposição de sanções que vão desde penas restritivas de direitos até penas privativas de liberdade (reclusão e detenção).

Sobre as diferenças entre os três tipos de responsabilidades, Paulo Queiroz adverte que “[...] não cabe falar, por força da unidade do direito inclusive, duma distinção qualitativa, mas quantitativa, entre o ilícito penal e o ilícito não penal”.⁴³ Assim, para o autor “[...] a distinção, por exemplo, entre as sanções penais e as administrativas é puramente quanto ao maior rigor entre elas (diferença de grau)”.⁴⁴

Inequivocamente, a depender da natureza da norma violada, do sujeito ativo e do grau de lesividade do bem jurídico tutelado, incidem diferentes níveis sancionadores.

⁴⁰ Conceito extraído do direito civil e que significa responsabilidade.

⁴¹ Ibidem, p. 239.

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81.

⁴³ QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 9ª ed. Salvador: editora juspodivm, 2013, p. 70

⁴⁴ Ibidem.

Contudo, é importante frisar que as três esferas de responsabilidade, porquanto despidas de significativas diferenças, são autônomas e independentes entre si, podendo, em algumas situações, incidir concomitantemente.

Evidentemente, a ação única do administrador público por vezes pode configurar, a um só tempo, ilícito penal, administrativo e civil, exsurto graus punitivos discrepantes, sem que com isso implique *bis in idem* (duas punições pelo mesmo fato).⁴⁵

De fato, a Carta de 1988 e a legislação dela decorrente são profusas no que tange à previsão de responsabilização para os maus administradores públicos, denominando-se como tais todos àqueles que exercem a chefia do executivo nos entes da federação ao arpeio dos ideais republicanos.

Nesse diapasão, já no texto constitucional é possível visualizar a previsão de algumas sanções, como a suspensão de direitos políticos em virtude de condenação criminal transitada em julgado e improbidade administrativa (art. 15, incisos III e V, da CRFB/1988), a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, também decorrentes de condutas ímprobas (art. 37, § 4º, da CRFB/1988), bem assim o afastamento/suspensão do Presidente da República por crimes de responsabilidade (art. 86, § 1º, da CRFB/1988).

Destarte, a inobservância do dever de probidade, implica em sanções pela prática de atos de improbidade administrativa – que será detalhada adiante –, crimes de responsabilidade, crimes contra a administração pública, sucedendo ainda consequências no âmbito eleitoral.

Os atos de improbidade administrativa encontram previsão na Lei n.º 8.429/1992, cuja disciplina normativa atende ao comando inserto no § 4º do art. 37 da Constituição. Referida Lei comina sanções, de natureza civil e política, para os agentes públicos – entendidos como quem quer que desempenhe funções estatais, enquanto as exercita⁴⁶ – ou particulares que “induzam ou concorram para a prática de tais atos ou deles se beneficiem sob qualquer forma direta e indireta”, ao teor dos artigos 9º, 10 e 11 da referida lei.

As sanções decorrentes da prática de improbidade variam conforme a conduta dos agentes redunde em enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou violação aos princípios da administração pública, na forma aludida no art. 12⁴⁷ do mesmo diploma legal.

⁴⁵ GARCIA, op. cit., p. 712.

⁴⁶ MELLO, op. cit., p. 245.

⁴⁷ Art. 12 “Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [\(Redação dada pela Lei nº 12.120, de 2009\)](#).”

Por seu turno, os crimes de responsabilidade – inobstante a impropriedade que o termo encerra – são caracterizados como infrações político-administrativas que atentam contra a Constituição, tendo como principais sujeitos ativos os mandatários de cargos eletivos e os seus auxiliares, é dizer, presidente da República, Ministros de Estado, Governadores estaduais e distrital, secretários estaduais e distrital, prefeito municipal e secretários municipais.

Os crimes de responsabilidade do presidente da República são disciplinados na Lei n.º 1.0709 (conhecida como Lei do *Impeachment*),⁴⁸ merecendo destaque o art. 9º⁴⁹, que dispõe sobre os delitos contra a probidade na Administração e prevê como consequências a perda do cargo e a inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal.

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. [\(Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016\)](#)

⁴⁸ Conforme observa Uadi Lammêgo Bulos: “Impeachment é a prerrogativa institucional do Poder Legislativo que consiste numa sanção de índole político-administrativa, encarregada de destituir, de modo legítimo e constitucional o Presidente da República. Por seu intermédio, o Chefe do Executivo Federal fica inabilitado de exercer qualquer função pública, eletiva ou de nomeação, durante oito anos. Envolve um procedimento jurídico-político, previsto na Constituição e nas leis, possibilitando o afastamento de Presidente da República que cometeram crimes funcionais ou comuns, impedindo-os de continuar a exercer o *munus* público em detrimento do bem geral”. (BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 1264)

⁴⁹ Art. 9º São crimes de Responsabilidade contra a probidade na administração:

- 1 – omitir ou retardar dolosamente a publicação das leis e resoluções do Poder Legislativo ou dos atos do Poder Executivo;
- 2 – Não prestar ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas relativas ao exercício anterior;
- 3 – Não tornar efetiva a responsabilidade de seus subordinados, quando manifesta em direitos funcionais ou na prática de atos contrários à Constituição;
- 4 – expedir ordens ou fazer requisição de forma contrária às disposições expressas da Constituição;
- 5 – infringir no provimento dos cargos públicos, as normas legais;
- 6 – usar de violência ou ameaça contra funcionário público para coagi-lo a proceder ilegalmente, bem como utilizar-se de suborno ou de qualquer outra forma de corrupção para o mesmo fim;
- 7 – proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

Já no tocante aos crimes de responsabilidade praticados por Prefeitos, a disciplina legal fica a cargo do Decreto-Lei n.º 201/1967, o qual comina inclusive a pena privativa de liberdade, na modalidade de reclusão, na hipótese de condutas mais gravosas, como é o caso do desvio de recursos públicos e da utilização, em proveito próprio, de bens, rendas ou serviços de interesse geral (art. 1º, *caput*, incisos I e II, e § 3º, do Decreto-Lei n.º 201/1967)⁵⁰. Além disso, a condenação do gestor municipal desencadeia a perda do mandato e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação, sem prejuízo da reparação civil decorrente da causação de dano ao patrimônio público ou particular (art. 1º, § 2º). Ademais, de modo semelhante ao que ocorre nos crimes de responsabilidade definidos na Lei n.º 1.079/1950, a instauração de processo-crime não obsta a responsabilidade pelo cometimento de improbidade administrativa.

Outrossim, os crimes contra a administração pública, diferente dos atos de improbidade administrativa, que têm natureza civil e política, e dos crimes de responsabilidade, tidos como infrações de ordem político-administrativa, configuram verdadeiras infrações penais tipificadas no Título IX da Parte Especial do Código Penal Brasileiro, e cujas sanções aplicam-se tanto a funcionários públicos – daí se falar em delito próprio, a exemplo da corrupção passiva (art. 317) – quanto a particulares – falando-se em crime comum, como é o caso, por exemplo, da corrupção ativa (art. 333).

A punição dos funcionários públicos e de terceiros que cometem crimes de natureza funcional decorre da elevada estima que a Administração Pública e, assim, a função administrativa, gozam dentro do contexto republicano, pois “em última análise, os fins da administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva dos seus membros”.⁵¹ Nesse sentido, Cleber Masson assinala que:

[...] todos estes crimes prejudicam, cada um a seu modo específico, a Administração Pública, e, por colorário, toda a coletividade, destinatária da atividade estatal. Tais delitos possuem uma importante característica: são de vitimização difusa, ou seja, violam interesses de um número indeterminado de pessoas, unidas entre si por um vínculo fático, visto que se encontram sob o império do Estado.⁵²

⁵⁰ Art. 1º São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

I - apropriar-se de bens ou rendas públicas, ou desviá-los em proveito próprio ou alheio;

II - utilizar-se, indevidamente, em proveito próprio ou alheio, de bens, rendas ou serviços públicos;

(...) § 1º Os crimes definidos neste artigo são de ação pública, punidos os dos itens I e II, com a **pena de reclusão, de dois a doze anos**, e os demais, com a pena de detenção, de três meses a três anos. – grifei

⁵¹ MEIRELLES, op. cit., p. 88.

⁵² MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 3: parte especial. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014. p. 576

Portanto, os crimes em comento compreendem uma das consequências jurídicas impingidas aos maus gestores e a todos (particulares em geral) os que atentam contra as regras e os princípios da administração pública (em sua acepção ampla), diferindo dos atos de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, ora por envolver a incidência do ramo mais severo das ciências jurídicas, que é o Direito Penal, ora porque não se limite a responsabilizar agentes políticos.

Por fim, cabe assinalar que a condenação do agente público por ato de improbidade administrativa pode desencadear reflexos na seara eleitoral, culminando, em consequência, na inelegibilidade do gestor ímprobo.

De fato, a hipótese de inelegibilidade⁵³ descrita no art. 1º, inciso I, alínea “I”, da LC n.º 64, exemplifica mais uma consequência jurídica de ato atentatório à república, máxime quando está a se falar dos impedimentos consagrados em lei complementar que satisfaz o comando Constitucional descrito no art. 14, § 9º.

No ponto, o comando da Carta da República é claro:

“Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.

Nada obstante o dispositivo constitucional faça expressa referência à lei complementar, o Egrégio Supremo Tribunal Federal⁵⁴ firmou entendimento no sentido de que a redação do citado artigo 14, § 9º, é uma norma constitucional de eficácia plena, de modo que eventual impugnação de registro de candidatura pode ser intentada com base apenas na desobediência aos preceitos nela contidos, a exemplo da violação à moralidade administrativa, independentemente da existência de lei específica. Nesse sentido, certa é a lição de Uadi Lammêgo Bullos:

“A inscrição do candidato poderá sofrer impugnação caso haja desrespeito à moralidade administrativa. É imprescindível que a sua conduta seja proba, íntegra e honesta. Daí o parágrafo, em comento, exigir normalidade e legitimidade dos pleitos eleitorais, que devem ocorrer em ambiente de lisura, longe de abalos e escândalos”.⁵⁵

⁵³*Ibidem*, p. 876.

⁵⁴Na ADIn 1.057, de Relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal firmou a seguinte tese: “As condições de elegibilidade (CF, art. 14, § 3º) e as hipóteses de inelegibilidade (CF, art. 14, §§ 4º e 8º), inclusive aquelas decorrentes de legislação complementar (CF, art. 14, § 9º), aplicam-se de pleno direito, independentemente de sua expressa previsão em lei local, à eleição indireta para Governador e Vice-Governador do Estado, realizada pela Assembleia Legislativa, em caso de dupla vacância desses cargos executivos no último biênio do período de governo” (STF, ADIN 1.057-MC, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 6-4-2001) Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346795>> Acesso em: 04 de março de 2017.

⁵⁵BULLOS, op. cit., p. 893.

De fato, a intenção do legislador constituinte originário foi a de proteger, de maneira proeminente, a probidade administrativa, erigindo-a a um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, de tal forma que todos os dispositivos que a ela façam referência tenham eficácia plena, até porque, consoante se depreende do art. 5º, § 1º, da CRFB/1988, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁵⁶

Entretanto, como dito, o disposto no art. 14, § 9º, da Constituição é hodiernamente disciplinado pela Lei Complementar – LC n.º 64 (alterada pela LC n.º 135 – Lei da Ficha Limpa) a qual estipula diversos casos de inelegibilidade, prazos de cessação e outras providências.

Tendo em vista as peculiaridades de caso inciso e alínea do art. 1º da citada Lei Complementar, para o objetivo destas reflexões, o exame se limitará à análise da alínea “I”, relacionada ao tema da improbidade administrativa. Pois bem, prevê o art. 1º, inciso I, alínea “I”, da LC n.º 64 o seguinte:

Art. 1º São inelegíveis: I – para qualquer cargo: (...)I) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010)

Trocando em miúdos, o dispositivo epigrafado vaticina que o agente público que for condenado definitivamente, ou em segunda instância, à privação temporária dos direitos políticos, por ato doloso de improbidade administrativa que tenha, cumulativamente, importado em enriquecimento ilícito e dano ao erário, fica inelegível pelo prazo de 8 (oito) anos.

Desse modo, a inelegibilidade é evidenciada como uma consequência da prática de improbidade administrativa, configurando espécie de “obstáculo” ao registro de candidatura a cargos eletivos, em razão da ausência de elegibilidade.

Todavia, importante salientar que não é todo e qualquer ato de improbidade administrativa que pode ensejar necessariamente a proibição do exercício da capacidade eleitoral passiva, visto os limites semânticos da redação normativa em referência, que é expressa ao apontar a necessidade de ato doloso de improbidade que tenha importado, a um só

⁵⁶ Constituição Federal. Diário Oficial da União. Brasília. Distrito Federal. 03 de out. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 04 de março de 2017.

tempo, enriquecimento ilícito e prejuízo ao erário, além do trânsito em julgado ou de decisão por órgão colegiado, em sintonia com o princípio constitucional da presunção de inocência.⁵⁷

Nesse desiderato, os atos de improbidade administrativa que violem princípios da administração pública (art. 37, caput, da CRFB/1988 c/c art. 11 da Lei n.º 8.429/1992), sem que se enquadrem nas hipóteses dos artigos 9º e 10 da mesma Lei, não possuem reflexo na seara eleitoral, mormente em matéria de inelegibilidade. Essa é a posição consolidada pela Jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral.⁵⁸

Em conclusão, além dos crimes de responsabilidade, dos crimes contra a administração pública e dos atos de improbidade administrativa, verifica-se que a inobservância dos ideais republicanos enseja para os maus administradores públicos consequências no âmbito eleitoral, a exemplo da inelegibilidade para disputar cargos públicos, por um prazo de oito anos, quando comprovada a prática de ato doloso de improbidade administrativa que importe, a um só tempo, em enriquecimento ilícito e dano ao erário, desde que a condenação transite em julgado ou provenha de decisão colegiada.

3 (IM)PROBIDADE ADMINISTRATIVA

⁵⁷No bojo do HC 126292, de Relatoria do Min. Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal firmou modificou entendimento anterior e passou a concluir que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não fere o princípio constitucional da inocência (STF. Plenário. HC 126292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016) Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>> Acesso em 04 de outubro de 2017.

⁵⁸NoREspe 49-32/SP, de Relatoria da Min. Luciana Lóssio, ocorrida na sessão do dia 18.10.2016, o Tribunal Superior Eleitoral, firmou, por maioria, - vencidos os Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Rosa Weber e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin – entendimento no sentido de que a incidência da inelegibilidade descrita no art. 1º, inciso I, alínea “I”, da LC 64, demanda a constatação cumulativa de enriquecimento ilícito e dano ao erário. Disponível em:

O vocábulo probidade tem origem no latim *probitate* transmite a ideia de conduta retilínea, galgada na ética, na honestidade, na honradez e integridade de caráter do ser humano, direcionando-se a consecução estrita dos deveres que lhe são inerentes.⁵⁹

A probidade administrativa, então, é uma extensão (*plus*) da locução probidade, compreendendo, desse modo, o conjunto de vetores axiológicos (éticos e morais) que devem nortear a atuação dos agentes públicos, tendo em vista o interesse público como finalidade maior.

No ponto, em virtude do viés moral imbricado no conceito de probidade, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que esta se confunde com a moralidade administrativa, sobretudo porque, na sua visão, ambas as terminologias relacionam-se à qualidade de ser honesto:

Não é fácil estabelecer distinção entre moralidade administrativa e probidade administrativa. A rigor, pode-se dizer que são expressões que significam a mesma coisa, tendo em vista que ambas se relacionam com a ideia de honestidade na Administração Pública. Quando se exige probidade ou moralidade administrativa, isso significa que não basta a legalidade formal, restrita, da atuação administrativa, com observância da lei; é preciso também a observância de princípios éticos, de lealdade, de boa fé, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública.⁶⁰

Acontece que, apesar da aparente similitude, a probidade possui um maior grau de abrangência, pois compreende a atuação administrativa pautada no princípio da legalidade (legalidade constitucional) e consentânea com a ética e a moral, atraindo a própria noção de moralidade.⁶¹

Ressalte-se, ainda, que a probidade administrativa surge como um dos pilares de sustentação do Estado Democrático de Direito, representando o entrelaçamento da ética, da moral e do respeito a todo o complexo de regras e princípios de ordem republicana que devem guiar a atuação dos agentes públicos, não sendo escusado dizer que a origem de referido vetor demarca o rompimento – ainda que simbólico – do patrimonialismo (confusão entre público e privado) e do clientelismo (troca de favores, pessoalidade) reinantes no nascedouro da política brasileira, que são muito bem definidos por Sérgio Buarque de Holanda:

“[...] Não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público (...) a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias.”⁶²

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34ª ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008, p. 109.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 885.

⁶¹ *Ibidem*, p. 887

⁶² DE HOLANDA, Sérgio Buarque. **O Homem Cordial**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das letras, 2012, p. 51.

No entanto, apesar da existência de uma arcabouço jurídico formal que alude que a atuação pública deve pautar-se no fiel cumprimento à lei (em sua acepção ampla), à moral e à probidade, mantêm-se, no âmbito da administração pública brasileira, práticas eivadas de patrimonialismo e de clientelismo, que não raras vezes implicam em improbidade administrativa, tipologia que contrapõem-se não apenas ao princípio da probidade, mas [...] “como a antítese (...) do conjunto coordenado dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.”⁶³ e, portanto, da própria lógica republicana.

3.1 ATOS ÍMPROBOS TIPIFICADOS NA LEI N.º 8.429/1992

Consoante vem sendo dito, a improbidade administrativa subjaz a inobservância dos deveres republicanos impostos aos agentes públicos, sobretudo quando se tem em vista que a função pública é voltada para a perseguição do interesse coletivo.

Com efeito, a Lei n.º 8.429/1992 agrupa os atos de improbidade em três espécies: atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário (art. 10) e atos administrativos que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

As disposições contidas nos artigos mencionados não contemplam todos os atos de improbidade administrativa, estabelecendo um rol meramente exemplificativo⁶⁴, cumprindo destacar que as sanções incidem de forma diferenciada para cada ato, conforme o grau de lesividade informada pelo legislador.

As condutas tipificadas no art. 9º da referida Lei são as que se sujeitam a apenação mais severa, haja vista o maior grau de reprovabilidade a elas conferida, mormente em razão de estarem associadas a um locupletamento individual dos agentes públicos obtido mediante a utilização da máquina estatal em proveito próprio.⁶⁵

⁶³FAZZIO Jr, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 130

⁶⁴Conforme Enrico Ferraresi: “O rol que acompanha os arts. 9º, 10 e 11 da LIA é exemplificativo, e não taxativo. Pela própria redação dos artigos conclui-se que se trata de rol meramente exemplificativo. A redação não deixa margem a dúvidas. Observe-se que o art. 9º, após enunciar em que consiste o ato de enriquecer ilicitamente, acrescenta: “e notadamente”. A mesma técnica foi utilizada pelos arts. 10 e 11, que encerram a descrição genérica do caput com a expressão “e notadamente”, o que comprova a natureza exemplificativa do rol”. (FERRARESI, Enrico. *Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992 comentada*, São Paulo: ed. Método, 2011, p. 74).

⁶⁵Ibidem, p. 73.

Por outro lado, os atos discriminados no art. 10 aludem uma gravidade intermediária, pois conquanto não importem em obtenção de proveito econômico próprio às custas da administração, acarretam prejuízo ao erário.⁶⁶

Em último plano, as condutas previstas no art. 11 da mesma Lei são as que se revestem, em princípio, de menor lesividade, visto que não redundam nem em acréscimo patrimonial indevido, tampouco em prejuízo aos bens e serviços que formam o acervo da administração pública, limitando-se a inobservância dos princípios administrativos.⁶⁷

3.1.1 Atos de Improbidade Administrativa que importam enriquecimento ilícito

A Constituição Federal de 1988 tem como fundamento básico, dentre outros, a livre iniciativa, de modo que é plenamente possível que uma pessoa, cumprindo os ditames legais, inicie atividade econômica e aufera lucro. Fala-se, assim, em enriquecimento lícito.

De fato, o que o ordenamento jurídico veda é a obtenção de vantagem econômica à margem das disposições constitucionais e infraconstitucionais, ou seja, o enriquecimento ilícito, que, segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves⁶⁸, “decorre de cláusula geral do direito que veda o enriquecimento sem causa”.

Para os autores, “o princípio do não locupletamento indevido reside na regra de equidade que veda a uma pessoa enriquecer à custa do dano, do trabalho ou da simples atividade de outrem, sem o concurso da vontade deste ou o amparo do direito - e tal ocorrerá ainda que não haja transferência patrimonial”.

A identificação do enriquecimento ilícito, segundo Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves, pressupõe a constatação dos seguintes requisitos:

- a) o enriquecimento de alguém, o qual pode ser de ordem material, intelectual ou moral; b) o empobrecimento de outrem, quer seja positivo ou negativo; c) ausência de justa causa, vale dizer, o enriquecimento deve ser desvinculado do direito, não pode advir da vontade do empobrecido, ou decorrer de obrigação preexistente ou da lei; d) nexo-causal entre o enriquecimento e o empobrecimento, sendo que cada um destes elementos deve estar ligado ao outro em uma relação de causa e efeito.⁶⁹

Assim, note-se que o que a lei proíbe é que uma pessoa busque se enriquecer às custas dos valores que orientam as relações sociais, tendo em vista os princípios de justiça e de equidade que devem nortear as condutas dos indivíduos que vivem em grupo, de modo

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 382.

⁶⁹ Ibidem, p. 383.

que, constatando-se a presença dos requisitos expostos, surge para o sujeito passivo do locupletamento o direito subjetivo de postular o ressarcimento (ou reparação), na exata proporção do ilícito.

Com efeito, o art. 9^a da Lei n.º 8.429/1994 assinala um rol exemplificativo de atos ímprobos que importam em enriquecimento e podem ser perpetrados por agentes públicos ou particulares que deles se beneficiem (art. 2º)⁷⁰, sendo central para a incidência desta modalidade de ato de improbidade que o agente público ou terceiro obtenha vantagem econômica indevida (não por autorizada pelo ordenamento jurídico) às custas da Administração Pública (art. 1º)⁷¹, nos termos a seguir transcritos:

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei [...]

Extrai-se do dispositivo que o elemento objetivo das condutas do ato de improbidade em tela é o “auferir vantagem econômica”, consoante informam Waldo Fazzio Júnior, Marino Pazzaglini Filho e Márcio Fernando Elias:

Realmente, o núcleo das condutas tipificadoras do enriquecimento ilícito é a obtenção de vantagem econômica, entendida esta como qualquer modalidade de prestação, positiva ou negativa, de que se beneficie quem aufera enriquecimento ilícito, como a definia o art. 7º da Lei Federal nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto). Indevida é a vantagem patrimonial não autorizada por lei.⁷²

Sobre o ato de improbidade inserto no art. 9º da Lei n.º 8.429/1992, assim se pronuncia Francisco Octavio de Almeida Prado:

Todas as figuras definidas nos incisos envolvem, necessariamente, um agente público, na acepção do art. 2º da Lei de Improbidade, e uma vantagem patrimonial indevida – vale dizer, ilícita, vedada expressa ou implicitamente por lei. Essa vantagem patrimonial será sempre auferida por um agente público, mas freqüentes vezes o ato de improbidade beneficiará também um terceiro, que, em razão desse benefício, será também colhido pela hipótese infracional.⁷³

Além disso, para a caracterização do ato de improbidade administrativa estudado, necessário a presença do elemento volitivo do agente (dolo), que é a consciência de

⁷⁰ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura, ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função [...]

⁷¹ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

⁷² FILHO, Marino Pazzaglini; FAZZIO, Waldo Junior; ELIAS, Márcio Fernando. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 62-63.

⁷³ ALMEIDA PRADO, Francisco Otacvio de. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 73.

antijuridicidade da pretensão do ilícito, ou seja, a intenção de auferir vantagem econômica às expensas da Administração Pública.

Não cabe falar, portanto, em enriquecimento ilícito culposo, pois segundo Maria Sylvia Zanella de Pietro “a responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente”, tal como ocorre na hipótese do art. 10 da LIA, “destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no art. 37, § 6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano”.⁷⁴

Não cabe falar, portanto, em enriquecimento ilícito culposo, decorrente de negligência, imprudência ou imperícia.

Por conseguinte, a consumação das condutas descritas ao longo dos incisos do art. 9º da multicitada Lei de Improbidade se dá mediante a percepção dos verbos típicos *receber, perceber, aceitar, utilizar, adquirir e incorporar*, todos antenados a ideia de obtenção de vantagem indevida, em razão do cargo, emprego, função ou atividade, no âmbito da Administração Pública, seja por aquele que tenha vínculo jurídico com os órgãos públicos, seja por terceiros que atuem em conluio com tais agentes.

Outro aspecto que merece destaque é o fato de que todas as condutas típicas elencadas no dispositivo em comento (atos que importam enriquecimento ilícito) permitem, além da responsabilização civil, repressão no âmbito penal, pois, a despeito da concomitância entre as diversas esferas de responsabilidade (conforme prelúdio no item), cometerá crime contra a administração pública o agente que se enriquecer ilicitamente, não sendo incomum, nessa senda, a verificação de concurso entre improbidade, peculato e corrupção passiva (estes últimos tipificados a teor dos artigos 317 e 312 do Código Penal).

Nesse diapasão, os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito, previstos no art. 9º da Lei n.º 8.429/1992, restarão consumados quando estiverem reunidos os seguintes pressupostos, na esteira de Marino Pazzagliani Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

a) vantagem patrimonial auferida por agente público, acarretando ou não danos ao erário; b) vantagem patrimonial resultante de causa ilícita; c) ciência do agente público da ilicitude da vantagem patrimonial alcançada; d) nexó etiológico entre o exercício funcional do agente público em qualquer entidade elencada no art. 1º e a indevida vantagem patrimonial por ele obtida.⁷⁵

⁷⁴ DI PIETRO, op. cit., 906.

⁷⁵ PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 64.

Em conclusão, pode-se asseverar que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito (art. 9º) distinguem-se dos atos de improbidade delineados no art. 10 na medida em que a consumação daqueles prescinde da causação de prejuízo ao erário, vez que a vantagem econômica obtida indevidamente pode ter origem exterior.

3.1.2 Atos de Improbidade Administrativa que causam prejuízo ao erário

Nos termos do art. 10 da Lei nº 8.429/1992, “constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º [...]”.

Assim, desde logo verifica-se que para a subsunção da hipótese em referência, necessário que a conduta do agente, seja ela comissiva ou omissiva, acarrete prejuízo ao erário.

No ponto, cumpre esclarecer que o conceito de erário difere da concepção de patrimônio público, pois enquanto o primeiro relaciona-se ao aspecto pecuniário, tendo uma abrangência restrita, o segundo vai muito além, aquilatando todo o complexo de bens e direitos de valor econômico, artístico, histórico, estético turístico da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, Territórios, autarquias, sociedades de economia mista, fundações instituídas pelo Poder público, de empresas incorporadas, de empresas com participação do erário e de entidades subvencionadas pelos cofres públicos (art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65 c/c art. 1º e parágrafo único da Lei nº 8.429/1992).⁷⁶

De fato, como anota Eurico Ferraresi:

(...) Independentemente das várias definições de patrimônio público oferecidas pela doutrina, deve-se considerar a significação dada pelo § 1º do art. 1º da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), a saber: “Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos nesse artigo, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico ou turístico”. (...) Erário tem concepção mais limitada, indicando o dinheiro público.⁷⁷

Destarte, conclui-se, de início, que a tipologia em foco visa resguardar não propriamente o patrimônio, mas sim o erário, compreendido como o conjunto de bens de ordem econômico-financeira que fazem parte do acervo orgânico da Administração Pública.

Além disso, ressalta-se que o ato de improbidade aludido no art. 10 da Lei nº 8.429/1992 somente é passível de subsunção legal quando o prejuízo ao erário decorre de

⁷⁶ Ibidem, p. 75.

⁷⁷ FERRARESI, op. cit., p. 93

conduta ilegal, pois é necessário que a ação ou omissão do agente público ou particular seja contrária à lei. Nesse sentido, advogada Mauro Roberto Gomes de Matos:

Essa conduta deverá ser ilícita, contrapondo-se à legalidade, para a obtenção de um fim vedado pela norma legal. Ou, em outras palavras, a conduta dolosa do agente público que for lícita, mas ocasionar lesão ou perda patrimonial ao erário não se sujeita à responsabilização por ato de improbidade administrativa. Deverá o ato do agente público estar contaminado pela ilicitude.⁷⁸

Insta destacar as observações de Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior:

A interpretação há de ser sistemática. O que a lei visa reprimir, neste dispositivo, é a conduta ilegal. Não intenta punir quem, agindo legalmente, por culpa, cause prejuízo ao patrimônio público. Apenas a perda patrimonial decorrente de ilicitude, ainda que culposa, ensejará a punição do agente público nas sanções do art. 12, inciso II.⁷⁹

Desse modo, nem toda ação ou omissão que desencadeia perda patrimonial poderá configurar o ato de improbidade administrativa do art. 10 da Lei 8.429/1992, sendo imprescindível para a sua identificação a presença de uma conduta ilegal.

Outro pressuposto indispensável à incidência do ato administrativo que causa dano ao erário é o elemento subjetivo do tipo, que, neste particular, pode ser o dolo ou a culpa. De fato, como consta do *caput* do dispositivo, tanto a conduta comissiva quanto à omissiva são atraídas pela hipótese, diferindo, nesse aspecto, do ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito, pois este somente é sancionado a título doloso.

Em que pese à previsão normativa valorando a culpa do agente, há autores que a excluem da tipificação, havendo aqueles que advogam pela inconstitucionalidade parcial da redação do art. 10 (exemplo de Aristides Junqueira Alvarenga⁸⁰), para extirpar a validade da conduta culposa, ao argumento de que viola o princípio da proporcionalidade. Todavia, para José dos Santos Carvalho Filho⁸¹ “Não lhes assiste razão”, pois “O legislador teve realmente o desiderato de punir condutas culposas de agentes, que causem danos ao erário. Aliás, para não deixar dúvida, referiu-se ao dolo e à culpa também no art. 5º, que, da mesma forma, dispõe sobre prejuízos ao erário [...]”

No mesmo sentido, Silvio Antônio Marques aduz que “Tal entendimento não deve prevalecer, pois inexistente norma constitucional (...) que restrinja o elemento volitivo do agente”. De fato, o texto da Constituição de 1988 assinala, em seu art. 37, § 4º, que “os atos

⁷⁸ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Limite da Improbidade Administrativa. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 264

⁷⁹ Ibidem, p. 77

⁸⁰ Nesse sentido, veja-se discussões em Reflexões sobre a improbidade administrativa: In: Improbidade Administrativa: questões polêmicas e atuais, p. 89.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 950.

de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei”.

Com efeito, não se depreende da Carta Magna qualquer restrição quanto a delimitação normativa do elemento subjetivo dos tipos de improbidade, de modo tal que havendo previsão legal é plenamente possível a punição da conduta culposa, até porque segundo José dos Santos Carvalho Filho⁸² “Com toda a certeza, há comportamentos culposos que, pela repercussão que acarretam, têm maior densidade que algumas condutas dolosas”, de sorte que, para o mesmo autor “o princípio da proporcionalidade permite a perfeita adequação da sanção à maior ou menor gravidade do ato de improbidade”.

Nesse diapasão, conclui-se que comete ato de improbidade administrativa que causa prejuízo ao erário todo aquele, agente público ou não, que dolosa ou culposamente, incidir em uma das hipóteses previstas nos incisos I a XXI do art. 10 da Lei n.º 8.429/1992. Sendo mais específico, afiguram-se os seguintes requisitos: a) conduta ilegal que importe em prejuízo ao erário; b) o liame (ou nexo de causalidade) entre a ação/omissão e o ato ímprobo e, por fim, c) a presença de dolo ou culpa.

3.1.3 Atos de Improbidade Administrativa que violam os princípios da administração pública

Conforme a redação do art. 11 da Lei n.º 8.429/1992 cometerá ato de improbidade administrativa aquele que, mediante ação ou omissão, “atenta contra os princípios da administração pública”, violando “os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”.

À primeira vista, infere-se que o legislador optou por destacar alguns princípios específicos, cuja afronta atrai a aludida espécie ímproba. Todavia, o intuito não é resguardar apenas os postulados expressamente circunscritos na redação normativa em comento, mas sim todos os princípios constitucionais (art. 37, caput, da CRFB/1988) e infraconstitucionais relacionados à preservação do patrimônio público. Nesse sentido, eis os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho⁸³:

O texto referiu-se aos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, mas tal relação é nitidamente aleatória. Na verdade, o legislador

⁸² Ibidem.

⁸³ Ibidem, p. 951.

disse menos do que queria. O intuito é o da preservação dos princípios gerais da administração pública, como consta no título da seção III.

De fato, a própria razão de ser do Estado – interesse público – subjaz a necessidade de ampla proteção a todo o arcabouço principiológico destinada a tal mister, que, em última análise, é preservar a probidade administrativa.

Assim, consoante ensinamento de Emerson Garcia⁸⁴ “Ante a natureza e a importância dos interesses passíveis de serem lesados pelos ímprobos, afigura-se louvável a técnica adotada pelos arts. 4º e 11 da Lei n.º 8.429/1992, preceitos em que a violação a princípios regentes da atividade estatal, ainda que daí não resulte dano ao erário, consubstanciará ato de improbidade”.

Com efeito, assevera-se que a tipologia focada visa preservar, de uma forma específica, os princípios gerais da administração pública, em especial a probidade, de modo que, pela importância conferida, a configuração do referido ato prescinde da prática de enriquecimento ilícito e de prejuízo ao erário, necessitando apenas a presença de afronta aos postulados regentes da função administrativa, sendo que o elemento subjetivo do tipo já vem presumido na norma.⁸⁵

Discorrendo sobre a tipologia em questão, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior⁸⁶ assinam que “o art. 11 da Lei Federal nº 8.429/1992 funciona como regra de reserva, para os casos de improbidade que não acarretam lesão ao erário nem importam em enriquecimento ilícito do agente público que o pratica”.

Inobstante, a observação dos autores não deve ser entendida de forma equivocada, isto é, no sentido de que a espécie ímproba em tela é hierarquicamente inferior às demais, já que sua configuração, como dito, surge da mera violação aos princípios gerais da Administração Pública. A bem da verdade, apesar de ser sancionado de forma menos severa, o ato de improbidade que viola os princípios da administração pública é extremamente reprovável no contexto republicano.

Ante o exposto, restará configurado o ato de improbidade em glosa quando o agente, mediante ação ou omissão (dolosas), praticar atos afrontosos aos princípios da administração pública em geral, dispensando-se o enriquecimento ilícito ou dano ao erário para a sua configuração.

⁸⁴ GARCIA, op. cit., p. 416.

⁸⁵ PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JÚNIOR, op. cit.

4 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: DO POSITIVISMO CLÁSSICO AO POSITIVISMO CRÍTICO (PÓS POSITIVISMO)

Durante muito tempo vigorou no âmbito das ciências jurídicas a concepção do Direito influenciada pelo positivismo filosófico, cujo principal expoente é Augusto Comte, autor da conhecida obra *Curso de Filosofia Positiva*⁸⁷.

Na origem, o positivismo surgiu para dar cientificidade às pesquisas situadas no espectro das ciências sociais. Adotava-se, ali, o método experimental baseado em três fases: a) a observação empírica; b) a formulação de hipótese; c) e a experimentação. O trabalho científico, assim, deveria partir da observação dos fatos passíveis de comprovação no plano material (empírico) – daí porque os positivistas são qualificados como materialistas em contraposição aos idealistas – de sorte que a mera dedução ou especulação abstrata não possuíam importância científica. Diante de tal teoria, cabia, após a observação fática, a formulação de hipótese explicativa, em seguida posta à experimentação, que finalmente era validada enquanto conhecimento científico.

O positivismo filosófico, nessa esteira, transportou (ou ao menos tentou) para as ciências humanas os conceitos e princípios utilizados nas ciências sociais. Tal corrente é acentuada, com maior evidência, através de Comte, para quem o pensamento humano, historicamente, passa por três etapas: teológica ou mitológica, metafísica e a positiva, caracterizando esta última, pelo exame empírico dos fatos.⁸⁸

Sobre o tema focado, relevantes são as lições de Paulo Nader:

O positivismo filosófico floresceu no século XIX, quando o método experimental era amplamente empregado, com sucesso, no âmbito das ciências da natureza. O positivismo pretendeu transportar o método para o campo das ciências sociais. O trabalho científico deveria ter por base a observação dos fatos capazes de serem comprovados. A mera dedução, o raciocínio abstrato, a especulação, não possuíam dignidade científica, devendo, pois, ficar fora de cogitação.⁸⁹

Com efeito, o positivismo filosófico se contrapõe a todo e qualquer conhecimento que não seja capaz de comprovação mediante o método de observação empírica, demonstrando indiferença em relação às crenças de ordem metafísica. Sob outro prisma, segundo Fernando Herren Aguiar:

O positivismo é uma manifestação teórica que se insere na tradição historicista, na medida em que se limita ao conhecimento do direito em vigor em uma dada sociedade, em um período determinado. O uso da história pelo positivismo teria a

⁸⁷ COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 4.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 34ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 383.

organização cronológica das leis e das decisões judiciais indispensáveis à boa compreensão de questões pontuais, objeto de estudo.⁹⁰

O positivismo jurídico⁹¹, em sua versão moderna, recebeu algumas influências do positivismo filosófico, sendo pertinente destacar o método descritivo, próprio das ciências sociais.⁹²

De fato, para a versão tradicional desta corrente do pensamento, o Direito se consubstancia no estudo das normas oriundas dos comandos estatais e a sua aplicação se dá mediante o processo silogístico de subsunção dos fatos à regra vigente, sem preocupação com aspectos axiológicos e fundamentos morais, visto que, como dito, despreza a interpretação. O juiz é um mero revelador das verdades contidas no comando abstrato da lei.

Assim é que é descrito por Norberto Bobbio:

“[...] o positivista jurídico assume uma atitude científica frente ao direito já que, como dizia Austin, ele estuda o direito tal qual é, não tal qual deveria ser. O positivismo jurídico representa, portanto, o estudo do direito como fato, não como valor: na definição do direito deve ser excluída toda qualificação que seja fundada num juízo de valor e que comporte a distinção do próprio direito em bom e mau, justo e injusto.”⁹³

Nessa senda, em que pese comportar algumas variações, o positivismo jurídico atingiu seu apogeu com o normativismo de Hans Kelsen, cuja tessitura encontra-se delineada na conhecida obra *Teoria Pura do Direito*.⁹⁴

Para o filósofo Austríaco, o Direito, enquanto ciência descritiva, se resume a um sistema hierárquico de normas jurídicas, no qual normas de hierarquia inferior eram fundadas (possuíam validade) em normas imediatamente superior, sendo a Constituição o topo do ordenamento jurídico, fundamentada, enfim, na norma hipotética fundamental. Daí se falar em uma construção escalonada da ordem jurídica.⁹⁵

Destarte, fala-se em Direito Positivo, aquele posto pelo Estado, por meio do qual os juristas devem aplicar as leis criadas pelo poder competente, sem cogitar da realização de

⁹⁰ AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 85

⁹¹ A ideia de positivismo jurídico (juspositivismo) existe desde a antiguidade, sendo antagônica à corrente de direito natural. O conflito entre jusnaturalismo e juspositivismo é extraordinariamente delineado em “Antígona”. Na tragédia escrita por Sófocles, enquanto a personagem Antígona evoca o direito natural, outro personagem, Creonte, defende a aplicação da lei da cidade

⁹² Descritivo porque o Direito passa a ser estudado na forma de uma estrutura lógica normativa, isto é, um sistema hierárquico de normas, onde uma norma de hierarquia inferior busca sua validade em uma norma superior e assim sucessivamente, até atingir a Constituição, ápice do ordenamento jurídico.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995, p. 136.

⁹⁴ Ver *Teoria Pura do Direito*.

⁹⁵ *Ibidem*.

juízos de valor ou interpretações da norma, pois o sentido desta já é dado pelo legislador, que detém autoridade para tanto. Nessa perspectiva, o Direito é apartado da moral e da justiça.⁹⁶

Assim sendo, o positivismo jurídico enquanto corrente de pensamento predominante na Europa ocidental resumia, repetindo, o fenômeno jurídico à lei, fruto da produção legislativa, e cuja aplicação visava atender a *mens legis*, ou seja, a vontade do legislador, sem preocupação alguma com a eficácia social, encerrando, mais tarde, uma mera ideologia para manter intactos os interesses da classe dirigente e, portanto, o *status quo*.

Sobre essa questão, assim escreveu Luiz Roberto Barroso:

O positivismo pretendeu ser uma teoria do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízos de fato. Mas acabou se convertendo numa ideologia, movida por juízos de valor, por ter-se tornado não apenas um modo de entender o Direito, mas também de querer o Direito. Em diferentes partes do mundo, o fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.⁹⁷

Todavia, as catástrofes produzidas pelo Estado Nazista, fundamentado na ideologia positivista, seria o estopim para que a comunidade jurídica internacional passasse a rever a corrente de pensamento então vigente. Não havia como sustentar uma teoria despida de valores éticos e morais, que, resumindo o Direito a um arcabouço legal, neutro e formal, não se preocupava com a efetiva projeção normativa no tecido social.⁹⁸

Assim, por ter sido utilizada para justificar guerras sanguinárias e genocídios – como de fato ocorreu no Estado Alemão Nazista – além disso, por não ser capaz de atender os anseios dos diferentes grupos étnicos e sociais dos diversos Estados, o positivismo jurídico acabou sendo substituído por uma nova vertente, que agora utiliza não a lei, mas sim a Constituição (surge o Constitucionalismo) como ponto de partida para a concreção do fenômeno jurídico. Surge a preocupação de implantar documentos jurídicos que contemplem princípios materiais de justiça. É o início da consagração nas Constituições dos Estados dos direitos e garantias fundamentais do cidadão em face do arbítrio estatal, sobretudo para assegurar a justa integração de todos e a garantia de condições mínimas e dignas de existência.

⁹⁶ O pensamento de Kelsen não desconsidera a importância da moral e da justiça, apenas entende que não devem ser estudadas no campo da ciência do direito, mas sim das ciências sociais. Nesse sentido, ver o livro *O Problema da Justiça*.

⁹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 275.

⁹⁸ MARINONI, op.cit., p. 43.

Emerge, então, o Estado Constitucional de Direito, que se destaca pelo rompimento do paradigma anterior de redução do direito à lei (Estado Legislativo) e pela defesa da supremacia da Constituição face à produção normativa (incluindo criação e aplicação). As leis, nessa quadra, são subordinadas ao controle e rigidez do texto das Constituições, que proclamam princípios fundamentais inarredáveis.

A validade das leis, portanto, não dependem apenas da forma pela qual são introduzidas no ordenamento jurídico, mas principalmente de sua estrita consonância com os valores éticos e morais estabelecidos na Constituição, pois segundo Konrad Hesse “não significa simples pedaço de papel”⁹⁹, mas antes a Lei Fundamental, dotada de força normativa, isto é, que vincula todos os Poderes.

Segundo Luiz Roberto Barroso, o marco histórico desse novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, destacando, ainda, que no contexto brasileiro, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.¹⁰⁰

Fala-se, nesse contexto, em pós-positivismo ou positivismo crítico¹⁰¹, que, embora possa aparecer como uma terceira via de justificação da Ciência do Direito, não rompe totalmente com o modelo positivista, mas antes, faz uma releitura de algumas premissas nele presentes, complementado através da matizes do jusnaturalismo.

No ponto, aduz o citado autor que:

O pós-positivismo se apresenta, em certo sentido, como uma terceira via entre as concepções positivista e jusnaturalista: não trata com desimportância as demandas do Direito por clareza, certeza e objetividade, mas não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer a impossibilidade de tratá-los como espaços totalmente segmentados, que não se influenciam mutuamente.¹⁰²

Nessa linha intelectual, a partir dos ensinamentos de Chaïm Perelman¹⁰³, pode-se dizer que há uma ruptura da oposição até então existente entre direito natural e direito positivo. Assim sendo, a nova vertente filosófica de compreensão do direito, inaugura, no âmbito da Constituição Republicana de 1988, uma nova forma de interpretação e aplicação das leis vigentes. Na esteira do movimento constitucionalista, todas as leis devem guardar

⁹⁹ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

¹⁰⁰ BARROSO, op. cit., p. 279.

¹⁰¹ Importante destacar que o pós-positivismo mantém a ideia de construção escalonada da ordem jurídica, de vez que a Constituição, embora produzida com base em direitos e garantias fundamentais, é mantida como a lei fundamental de cada Estado adepto do Constitucionalismo.

¹⁰² Ibidem, p. 282.

¹⁰³ PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 392.

correspondência com as normas e, principalmente, com os princípios jurídicos agasalhados na Lei Maior.

A Jurisdição, nesse cenário, não se limita a aplicação da lei ao caso concreto, mas vai além, possibilitando a realização de uma tarefa criativa pelo juiz, autoridade responsável por prestar a tutela jurisdicional aos cidadãos, tendo como parâmetro a máxima efetividade dos direitos e garantias fundamentais.¹⁰⁴

Nesse sentido é que se fala em supremacia da constituição, conforme prelecionam Ingo Sarlet, Luiz Marinoni e Daniel Mitidiero:

O princípio da supremacia da constituição se traduz no fato de que as normas constitucionais, dada a sua origem e em virtude da distinção entre poder constituinte e poderes constituídos, ocupam posição hierárquica superior em relação a toda e qualquer norma ou ato oriundo dos assim chamados poderes constituídos, portanto, em relação às demais normas do sistema jurídico.¹⁰⁵

O direito subjetivo à prestação da tutela jurisdicional, nesse quadrante, erige o dever estatal de proteção de determinados direitos, mediante a aplicação prática de normas e princípios de maior relevância social e jurídica, pois ainda como anota Marinoni:

“Essa transformação da ciência jurídica, ao dar ao jurista uma tarefa de construção – e não mais de simples revelação –, confere-lhe maior dignidade e responsabilidade, já que dele se espera uma atividade essencial para dar efetividade aos planos da Constituição, ou seja, aos projetos do Estado e às aspirações da sociedade.”¹⁰⁶

Insta referenciar as lições do eminente jurista e professor do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Newton de Oliveira Lima:

A jurisdição constitucional engloba uma série de estruturas de julgamento sobre matérias previstas na Constituição, e cujo núcleo fundamental seriam exatamente os direitos fundamentais do cidadão – inseridos na parte de direitos e garantias das Cartas Constitucionais. No Brasil, a jurisdição constitucional como função estatal deve julgar a matéria constitucional, devendo ser a guardiã de uma possibilidade processual de ação do cidadão a sua ação positiva (instrumentação processual) contra desmandos principalmente do próprio Estado-Administração.¹⁰⁷

Inobstante a inegável importância dessa nova perspectiva de interpretação e aplicação do direito – entendida como Jurisdição Constitucional –, o certo é que a liberdade de decidir com base nos parâmetros postos no texto das constituições democráticas não pode ser exercida de forma discricionária, sob pena de o Direito, desafortunadamente, se resumir às

¹⁰⁴ MARINONI, op. cit., p. 46.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220.

¹⁰⁶ MARINO, op. cit., p. 48.

¹⁰⁷ LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP editora, 2009, p. 23.

posições políticas e ideológicas dos magistrados, fulminando a pretensão de coerência e integridade (Ronald Dworkin)¹⁰⁸ que devem compor a aplicação das normas jurídicas.

Decerto, embora a atividade judicial seja um campo onde inevitavelmente existem espaços de poder específicos e em parte insuprimíveis, cumpre que sejam adotadas medidas de sua redução e controle¹⁰⁹, inibindo a produção de sentenças casuísticas e solipsistas, que maculam a pretensão de concretude do Estado Democrático de Direito.

De fato, o Constitucionalismo de vertente principiológica, não pode ser confundido com “abertura hermenêutica” para toda e qualquer interpretação e aplicação do direito, possibilitando a inconseqüente discricionariedade dos aplicadores da norma jurídica¹¹⁰.

4.1 O CONCEITO DE PRINCÍPIO JURÍDICO EM RONALD DWORKIN E SUA NORMATIVIDADE

Na esteira do rompimento do paradigma do positivismo jurídico clássico e da institucionalização do constitucionalismo pós-segunda guerra, os princípios passam a ter força normativa (deontológica) e vinculante, não mais sendo compreendidos como peças acessórias com função meramente integrativa e complementar, e, ademais, conclamados a agir apenas na presença de lacunas normativas. De fato, na linha do Constitucionalismo pós-moderno, o princípio jurídico (em sentido amplo) não deve ser compreendido como um instrumento subsidiário às regras, mas antes como norma que “desnuda a capa de sentido imposta pela regras”¹¹¹, ou seja, como “a enunciação do que está enunciado”¹¹². É nesse viés que se afirma que por trás de cada regra jurídica existe um princípio que a legitima.

Nesse sentido, para Ronald Dworkin:

(...) princípio é um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade.¹¹³

¹⁰⁸ Segundo Dworkin, inevitavelmente as decisões dos juízes são políticas, pois, em muitos casos, a decisão tomada será aprovada por um grupo e reprovada por outro. A crítica do autor, na verdade, dirige-se à utilização de fundamentos políticos (ideológicos) partidários como razão de decidir. (DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 3.)

¹⁰⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 42.

¹¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 8ª ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 114.

¹¹¹ Ibidem, p. 114-115

¹¹² Ibidem.

¹¹³ DWORKIN, Ronaldo. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 36.

Há de se distinguir, segundo o autor, princípios e regras jurídicas, ambas espécies do gênero normas. As regras são aplicadas pelo método do tudo ou nada, isto é, observados os fatos que uma regra estabelece, ou a regra é válida, e nessa hipótese a resposta que ela opera deve ser acatada, ou não é válida, e desta feita é descartada para efeito de decisão.¹¹⁴

Os princípios, por sua vez, não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas.¹¹⁵ Os princípios detêm uma dimensão não observada nas regras, qual seja, a dimensão de peso ou importância. Assim, os princípios atuam de forma interconecta, e nesse particular, deve-se levar em consideração o peso que cada um possui diante do caso submetido à decisão. Tal premissa, diga-se, não é realizada através de métodos exatos de mensuração, mas sim por meio da importância que é conferida a cada situação concreta.¹¹⁶ Assim, não se resolvem casos conflituosos mediante a exclusão de um princípio por outro. Ao revés, o que ocorre é uma dimensão de peso a partir da força relativa que cada um possui.¹¹⁷

Nesse norte, colhe-se da doutrina Dworkiniana que os princípios jurídicos, enquanto padrões normativos formados à luz da moralidade pública (da comunidade) e inseridos na ordem jurídica pela legitimidade democrática, têm natureza cogente, isto é, vinculam toda a comunidade jurídica.

Seguindo essa linha, na obra “Princípios Jurídicos y Positivismo Jurídico”, Genaro Carrio (filósofo argentino) enfatiza que a concepção de princípios jurídicos sustentada por Dworkin, conquanto represente uma crítica à teoria de Herbert Hart, põe em colapso o positivismo jurídico:

Los principios son distintos de las reglas y no pueden ser identificados de la manera simple sugerida. Integrando el derecho, en una acepción de “derecho” que los positivistas a la Hart no están dispuestos a aceptar. La admisión de la existencia de principios como rodajes indispensables de todo orden jurídico importa el colapso del positivismo jurídico.¹¹⁸

Ainda fazendo alusão à teoria de Dworkin, o autor tece as seguintes considerações sobre a noção de princípios:

[...] El derecho de una comunidad es un agregado de reglas y principios. Estos últimos, a diferencia de las primeras, pueden ser descriptos así:
Los principios no exigen un comportamiento específico. Establecen una meta por alcanzar – como el principio de la mayor responsabilidad de los fabricantes de automóviles – por lo general “una mejora en algún aspecto económico, político o

¹¹⁴ Ibidem, p. 39.

¹¹⁵ Ibidem, cit., p. 40.

¹¹⁶ Ibidem, p. 42.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ CARRIO, Genaro. **Principios Jurídicos y Positivismo Jurídico**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1970, p. 50.

sociel de la comunidad” (policies), o bien – como el principio de que nadie debe beneficiarse con supropria transgresión – consagran “una exigência de justicia o de equidad (fairness) o de alguna outra dimensión de la moral positiva” (principios em sentido estrito).

[...] Los principios no son aplicables a la manera “todo ou nada”. No establecen condiciones que hagan necessária su aplicación ni consecuencias que se sigan automáticamente de ciertas condiciones. Más bien enuncian una razón para decidir em determinado sentido, sin obligar a una decisión particular. Pueden concurrir otros principios que den una razón para decidir em sentido distinto. Cuando afirmamos que algo es um principio de nuestro derecho solo queremos decir que los funcionarios debentenerlo em cuenta como una consideración que apunta em cierto sentido.¹¹⁹

Corroborando o conceito de princípio jurídico em Dworkin, Lênio Luiz Streck leciona que “os princípios jurídicos são deontológicos, ou seja, “um padrão decisório que se constrói historicamente e que gera um dever de obediência nos momentos posteriores”. Dessa forma, os princípios passam a ser “determinações fixas, decorrentes do momento em que foram estabelecidas, mas nunca flexíveis conforme as transformações de valores morais de uma sociedade.”¹²⁰

Em conclusão, à luz dos autores citados, pode-se dizer que os princípios jurídicos são padrões de conduta normativos construídos ao longo da história mediante a participação da comunidade, sendo certo que compreendem uma moral pública que, por ser fruto de um consenso, incide de forma obrigatória, haja vista a presença de um dever ético-jurídico.

4.2 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

Por muito tempo, a morosidade do processo judicial foi ignorada pela doutrina, ou apenas tratada como falha de ordem processual, que não teria relevância alguma para a efetividade da tutela jurisdicional.

De fato, o Estado Legislativo, caracterizado pela supervalorização da lei abstrata e da técnica dogmática, não possui qualquer preocupação com a realidade social e, portanto, com o tempo que perpetua a angústia dos que se socorrem do Poder Judiciário, principalmente àqueles alijados dos direitos elementares.¹²¹

Nesse exato sentido, são raras as lições de Luiz Guilherme Marironi, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

¹¹⁹ Ibidem, págs. 52-53.

¹²⁰ Ver o artigo intitulado **“O que é decidir por princípios ? A diferença entre a vida e a morte”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-06/senso-incomum-decidir-principios-diferenca-entre-vida-morte>> Acesso em: 20 de abri. 2017.

¹²¹ Cumpre destacar a importância do papel contra-majoritário do Direito frente a necessidade de efetivar, mediante o Judiciário, os direitos dos grupos minoritários, rompendo a ideia de democracia enquanto a vontade da maioria. Nesse sentido ver: Uma Questão de Princípio, de Ronald Dworkin.

A demora processual foi tratada, por parcela da doutrina, como algo meramente acidental ao processo e por isso destituída de qualquer importância para um “discurso científico”.

(...)

É claro que, quando o direito processual é reduzido a uma esfera exclusivamente técnica, e assim é desligado da sua relação com a vida social, o tempo acaba não tendo importância. Acontece que não há como deixar de questionar a real capacidade de o processo atender às necessidades dos jurisdicionados e, para tanto, além de problemas como o custo, importa o significado que o termo aí assume, em especial como o tempo repercute sobre a efetiva proteção do direito material.¹²²

Na mesma linha intelectual, Daniel Amorim Assumpção Neves reconhece que “[...] o processo brasileiro (...) demora muito, o que não só sacrifica o direito das partes, como enfraquece politicamente o Estado”.

Acrescenta o mesmo autor o seguinte:

É notório que o processo brasileiro – e nisso ele está acompanhado de vários outros países ricos e pobres – demora muito, o que não só sacrifica o direito das partes, como enfraquece politicamente o Estado. Há tentativas constantes de modificação legislativa infraconstitucional, como se pode notar por todas as reformas por que passou nosso Código de Processo Civil, que em sua maioria foram feitas com o ideal de prestigiar a celeridade processual.¹²³

Sobre o tempo e os direitos, ensina José dos Santos Carvalho Filho que

Até mesmo os delitos, que afetam, além de suas vítimas, toda a sociedade, já que ultrapassam as fronteiras dos interesses privados para agredir o próprio interesse público, podem apagar-se em função do elemento *tempo*, seja porque a demora de sua apuração ou da execução da respectiva penalidade já tenha minorado os seus efeitos antissociais, seja porque, em certo momento, a sociedade dispense o interesse na aplicação das penas em face do desaparecimento do *strepitus iudicii*.¹²⁴

Ocorre que, com o surgimento do Estado Constitucional de Direito e a preocupação cada vez maior com a efetiva prestação da tutela jurisdicional, tornou-se inescapável a preocupação jurídica com o fenômeno temporal, de um lado para assegurar a integridade das instituições democráticas, de outro para atender os anseios da sociedade, qual seja, a percepção de uma “justiça” célere e efetiva, responsável pela concretização dos direitos materiais.

Diante de tal paradigma é que surge na Constituição da República de 1988, através da Emenda Constitucional 45/2004, o princípio constitucional da duração razoável do processo, apregoando, no art. 5º, inciso LXVIII, da CRFB/1988 que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que

¹²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 225.

¹²³ NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Direito Processual Civil**. Volume Único. 9ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2017, p. 202.

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Improbidade Administrativa: prescrição e outros prazos extintivos**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 2.

garantam a celeridade de sua tramitação”, sendo pertinente a tal padrão de conduta, o dispositivo do art. 93 da Carta Magna, aduzindo que “não será promovido o juiz que, injustificadamente, reter autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão”.

A expressividade do texto constitucional está em consonância com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) – alçada ao status de norma supralegal – mormente com a redação do art. 8º, a seguir transcrita:

Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem os seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Sobre o tema, mister os ensinamentos de Marinoni, Arenhart e Mitidiero

O direito fundamental à duração razoável do processo constitui princípio redigido como cláusula geral. Ele impõe um estado de coisas que deve ser promovido pelo Estado – a duração razoável do processo. Ele prevê no seu suporte fático termo indeterminado – duração razoável – e não comina consequências jurídicas ao seu não atendimento. Seu conteúdo mínimo está em determinar: (i) ao legislador, a adoção de técnicas processuais que viabilizem a prestação da tutela jurisdicional dos direitos em prazo razoável (por exemplo, previsão de tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda no curso do processo), a edição de legislação que reprima o comportamento inadequado das partes em juízo (litigância de má-fé e contempt of court) e regulamente minimamente a responsabilidade civil do Estado por duração não razoável do processo (ii) ao administrador judiciário, a adoção de técnicas gerenciais capazes de viabilizar o adequado fluxo dos atos processuais, bem como organizar os órgãos judiciários de forma idônea (número de juízes e funcionários, infraestrutura e meios tecnológicos); e (iii) ao juiz, a condução do processo de modo a prestar a tutela jurisdicional em prazo razoável.¹²⁵

Ademais, consoante revolve Fredie Didier Jr, “A Corte Europeia dos Direitos do Homem firmou entendimento de que, respeitadas as circunstâncias de cada caso, devem ser observados três critérios para se determinar a duração razoável do processo, quais sejam: a) a complexidade do assunto; b) o comportamento dos litigantes e de seus procuradores ou da acusação e da defesa no processo; c) a atuação do órgão jurisdicional”.¹²⁶

Nesse diapasão, pode-se dizer que o princípio da duração razoável do processo, conquanto represente um novo paradigma do âmbito de prestação da tutela jurisdicional, consigna que às partes é dado o direito de obter em prazo razoável a prestação da tutela jurisdicional, incluindo a atividade satisfativa, de modo que a concretização de tal princípio depende, segundo a Jurisprudência da Corte Europeia dos Direitos do Homem, da

¹²⁵ MARINONI-ARENHART-MITIDIERO, op. cit., p. 269-270

¹²⁶ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 16ª ed. Salvador: ed. Jus Podivm, 2014, p. 66.

complexidade da demanda, do comportamento das partes e da atuação dos órgãos jurisdicionais.

Entretanto, há autores que defendem que o princípio constitucional da duração razoável do processo não deve ser confundido com a celeridade procedimental, pois a depender da complexidade da demanda, nem sempre esta será alcançada, visto que, como assinala Neves, “o legislador não pode sacrificar direitos fundamentais das partes visando somente à obtenção de celeridade processual, sob pena de criar situações ilegais e extremamente injustas”.¹²⁷

Nesse mesmo prisma, Didier salienta que “Não existe um princípio da celeridade. O processo não tem de ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional”.¹²⁸

O autor ainda acrescenta que

Bem pensadas as coisas, conquistou-se, ao longo da história, um direito à demora na solução dos conflitos. A partir do momento em que se reconhece a existência de um direito fundamental ao devido processo, está-se reconhecendo, implicitamente, o direito de que a solução do caso deve cumprir, necessariamente, uma série de atos obrigatórios, que compõem o conteúdo mínimo desse direito. A exigência do contraditório, o direito à produção de provas e aos recursos certamente atravancam a celeridade, mas são garantias que não podem ser desconsideradas ou minimizadas. É preciso fazer o alerta, para evitar discursos autoritários, que pregam a celeridade como valor. Os processos da Inquisição poderiam ser rápidos. Não parece, porém, que se sinta saudade deles.¹²⁹

De fato, é indiscutível a impossibilidade de se violar garantias processuais previstas na legislação com o escopo de promover o desfecho célere de uma demanda. Todavia, não se pode ignorar o fato de que não raras vezes são utilizadas manobras processuais, mormente através de atos obrigatórios, que, a despeito de causarem morosidade da justiça, prejudicam, de igual modo, direitos fundamentais.

Exemplificando, seguem as lições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

“[...] a nossa história tem exemplos de como os próprios governos se valeram do tempo da justiça para alcançar os seus objetivos. Lembre-se do plano de estabilidade econômica levado a efeito pelo governo Collor, que impediu o saque das contas correntes e de poupanças a partir de determinado valor. Para se impedir o seu adequado questionamento perante o Judiciário, editou-se medida provisória proibindo a concessão de liminar e a execução “provisória” da sentença nos mandados de segurança e nas ações cautelares que tivessem referido que os cidadãos, mediante o uso do processo judicial para a proteção dos seus direitos, pudessem obter liminares ou “execuções provisórias das sentenças” – instrumentos típicos destinados a conferir tempestividade à prestação da tutela jurisdicional –

¹²⁷ NEVES, op. cit., p. 202-203.

¹²⁸ DIDIER, op. cit., p. 67.

¹²⁹ Ibidem.

ordenando a deliberação dos seus ativos financeiros, o que seria evidentemente contrário aos objetivos do governo”.¹³⁰

Pelo exemplo dado, os autores demonstram que “a tempestividade do processo, naquele particular era imprescindível à efetiva tutela dos direitos – já que ninguém pode esperar vários anos em uma situação como essa”¹³¹ –, de sorte que “a demora da justiça era a estratégia do governo para permitir o desenvolvimento do plano”.¹³²

Assim sendo, não é escusado dizer que o caso narrado bem revela o quanto o controle de constitucionalidade da lei pode causar temor ao Executivo, já que, no específico caso, eventual autorização via liminar para a execução provisória fundar-se-ia na inconstitucionalidade da lei que instituiu o plano, ou seja, no controle difuso de constitucionalidade. Ademais, torna-se evidente que a mesquinhez política encontra-se avalizada na lentidão da justiça, sendo certo, nesse norte, que a tempestividade da prestação jurisdicional interessa mais ao Estado Constitucional do que ao modelo anterior que supervalorizava a lei.¹³³

Nessa senda, salienta-se que a demora processual não é um direito inerente à solução dos conflitos – como defende Didier – mas antes um óbice à efetiva concretização da tutela jurisdicional, conforme o exemplo citado alhures. Não se quer com isso afirmar, como já frisado, que a celeridade (cláusula aberta) é uma unidade numérica, mas mesmo em casos complexos, a exemplo de algumas ações de improbidade administrativa, há que se analisar a sua concretização, o que será possível se coexistir certo equilíbrio temporal entre o início e o final da ação, sem a permissão de métodos protelatórios. De fato, calha ressaltar que a duração razoável do processo não é uma unidade numérica e o processo não tem um tempo pré-determinado para acabar¹³⁴. Todavia, na esteira do que vem sendo dito, indubitável que o fator temporal é importante para aferir a proporcionalidade entre duração do processo e a complexidade da causa, sobretudo para evitar protelações indevidas.¹³⁵

Nesse sentido, as lições de Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

¹³⁰ MARINONI-ARENHART-MITIDIERO, p. 226-227.

¹³¹ Ibidem.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Consoante vaticina Marinoni, Arenhart e Mitidiero “Duração razoável, como o próprio nome, nada tem a ver com duração limitada a um prazo certo ou determinado. Se essa confusão fosse aceita, não se trataria de duração razoável, mas de duração legal, ou do simples dever de o juiz respeitar o prazo fixado pelo legislador para a duração do processo. O direito à duração razoável faz surgir ao juiz o dever de, respeitando os direitos de participação adequada do autor e do réu, dar a máxima celeridade ao processo. E dar a máxima celeridade ao processo implica em não praticar atos dilatórios injustificados, sejam eles omissivos ou expressos. (Ibidem).

¹³⁵ Ibidem.

O que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar. Nesse sentido, a palavra processo sem dilações indevidas, utilizada pela Constituição espanhola (art. 24, segunda parte) é muito expressiva.¹³⁶

Ante o exposto, conclui-se que o princípio constitucional da duração razoável do processo impõe-se enquanto vetor axiológico da prestação da tutela jurisdicional, é dizer, o Estado, seja através da produção legislativa ou da prestação da tutela jurisdicional (individual ou coletiva), deve obediência a tal postulado, de modo que, ao editar leis o legislador não deve implantar métodos protelatórios que ponham em xeque a concretização de tal princípio, ao passo que o Judiciário não pode deixar de unir esforços para, à luz da jurisdição constitucional e do controle de constitucionalidade, dar a máxima efetividade ao princípio em comento, sem olvidar do respeito aos direitos e garantias fundamentais.

¹³⁶ Ibidem.

5 A NOTIFICAÇÃO PRÉVIA NAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição da República Federativa do Brasil prevê em seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Assim surgiu a Lei de Improbidade Administrativa, diploma legal concretizador do programa explicitado no art. 37, § 4º, da CRFB/1988, que disciplina uma série de condutas ímprobas, praticadas por agentes públicos ou particulares, causadores de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos princípios da administração pública, previstos no art. 37, caput, da CRFB, e em leis subjacentes.

Com efeito, uma vez constatada a prática de atos qualificados como ímprobos pela Lei n.º 8.429/1992, cabe ao legitimado ativo (Ministério Público ou instituição interessada) propor, perante o Judiciário, a respectiva medida de responsabilização, com o escopo de que sejam aplicadas as sanções cominadas em lei aos responsáveis.

5.1 A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A doutrina atual é absolutamente tranqüila no que concerne à natureza jurídica da ação de improbidade administrativa, compreendida como de ordem civil, pois as sanções decorrentes da prática de atos de improbidade aplicam-se independentemente da imposição de medidas penais, consoante se extrai do art. 37, § 4º, da CRFB/1988.¹³⁷

A posição da doutrina majoritária é seguida pela Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.¹³⁸

A propósito, calha destacar o que escreveu o então Ministro do STJ, José Augusto Delgado.

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a administração pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao erário público, com

¹³⁷NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015, p. 527.

¹³⁸Vide AGRRL – Agravo Regimental na Reclamação 10037, de Relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, publicada no DJE em 25/11/2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>> Acesso em 02 de abril de 2017.

consequências não penais propriamente ditas, apenas, visando o ressarcimento ao erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando, aos infratores, sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.¹³⁹

De fato, não é outra a conclusão que se extrai do art. 18 da Lei n.º 8.429/1992, ao expressar que “A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”. Ora, por expressa disposição legal, fica evidente que as sanções aplicadas aos agentes públicos e particulares que incidirem em uma das hipóteses previstas nos artigos 9º, 10 e 11 da referida lei de improbidade (lembrando-se do rol meramente exemplificativo) são de natureza civil, o que, por via lógica, permite dizer que a ação de responsabilidade por tais práticas possuem a mesma natureza.

No entanto, não podemos minorar, a despeito da natureza não penal, os efeitos nefastos da improbidade no âmbito da Administração Pública, mormente quando se tem em vista que tal prática cultural macula a integridade das instituições democráticas, por meio da subversão dos princípios de ordem republicana, destinados a concretizar as promessas do Estado Moderno de realizar o bem comum.

5.1.1 A atuação do Ministério Público frente à defesa do patrimônio público nas ações de improbidade administrativa

Alçado à categoria de instituição permanente, essencial a função jurisdicional do Estado, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CRFB/1988). Com isso, pode-se dizer que no contexto da Constituição Republicana de 1988 não se concebe mais um *Parquet* com funções meramente acusatórias – já que defende a ordem jurídica *lato sensu* – ou vinculado aos interesses da “Coroa”,¹⁴⁰ falando-se, ao revés, numa instituição cuja finalidade precípua é defender, com base nas funções institucionais delineadas em lei específica, e respeitando-se os direitos e garantias fundamentais, a sociedade.

Nesse cerne, o art. 129, inciso III, da Carta Magna, estipula que cabe ao órgão ministerial instaurar inquérito civil e a respectiva ação civil pública, notadamente para resguardar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

¹³⁹Ver Improbidade Administrativa: algumas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais sobre a Lei de Improbidade Administrativa.

¹⁴⁰MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 8ª ed, 2012, p. 39.

Nesse sentido, preceitua Hugo Nigro Mazzili:

Interpretando conjuntamente a norma constitucional que comete ao Ministério Público a iniciativa de ações na área cível e aquela que lhe confere a destinação institucional, torna-se claro que poderá propor ação civil não só para defesa de interesses transindividuais (difusos coletivos ou individuais homogêneos, de larga abrangência ou expressão social), como também para defesa de interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁴¹

No âmbito da improbidade administrativa, é o Ministério Público o principal legitimado ao ajuizamento da respectiva ação judicial. É o que se extrai do art. 17, caput, da Lei n.º 8.429/1992:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Veja-se que o *Parquet* não é a única parte interessado a propor a demanda para reprimir a prática de atos de improbidade, mas, por expressa opção legislativa, é o primeiro a deter legitimidade para tanto. Aliás, ainda que a ação principal seja intentada pelos demais legitimados (União, Estado, DF, Municípios, autarquias e fundações), a atuação do MP é obrigatória (§ 4º), mesmo que na condição de *custos legis* (fiscal da ordem jurídica), pois é tremenda a importância desta instituição para a defesa do patrimônio público.

Sobre essa questão, Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias Rosa e Waldo Fazzio Júnior destacam que “Ao co-letiminar o Ministério Público para a persecução civil dos atos que maculam o patrimônio público, o legislador constituinte quis reforçar as possibilidades de controle jurisdicional sobre a legalidade e a moralidade dos atos administrativos [...]”.¹⁴²

5.2 RITO PROCEDIMENTAL DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Consoante dito alhures, uma vez constatada a prática, em tese, de condutas que se ajustam aos atos de improbidade tipificados ao teor dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/1992, cabe ao legitimado ativo (Ministério Público ou instituição interessada) propor a correspondente ação judicial, que, vale dizer, prescinde da instauração de procedimento administrativo ou da apresentação junto à inicial de inquérito civil, devendo, no entanto, ser instruída com os elementos de prova hábeis a demonstrar a viabilidade da acusação.

Assim expressa Waldo Fazzio Júnior:

Mesmo se a prudência e a eficiência recomendarem que o autor da ação espere a conclusão do procedimento administrativo para que após representação do órgão

¹⁴¹ Ibidem, p. 142.

¹⁴² PAZZAGLINI FILHO; ELIAS ROSA; FAZZIO JUNIOR. Op. cit., p. 198.

lesado possa o MP ingressar com a ação de improbidade administrativa, ele poderá antecipar-se à esfera interna (administrativa), desde que munido de provas cabais que indiquem um pseudo ilícito, em face do art. 5º, inciso XXVIII, da CF.

De fato, presentes os pressupostos de admissibilidade, caracterizados pela descrição fática coerente com os documentos de prova, e não havendo prejudicial de mérito (como a prescrição da pretensão punitiva), pode a ação ser intentada. É o que se colhe da doutrina:

[...] pelo sincretismo processual, a atual fase do direito permite uma tutela judicial simples e efetiva. O Ministério Público pode ingressar com a ação de improbidade independente de inquérito civil, desde que estejam presentes os pressupostos de admissibilidade da ação, caracterizados por robustos documentos ou uma fundamentação plausível, que não seja fruto apenas da criação intelectual do subscritor da peça vestibular.¹⁴³

Com efeito, à luz do art. 17 da LIA, a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade administrativa segue o rito ordinário¹⁴⁴, *in verbis*:

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

Entretanto, nota-se a presença de aspectos processuais bem peculiares. Em síntese, verifica-se a sequência dos seguintes atos processuais: ajuizamento da ação, notificação prévia da(s) parte requerida(s), apresentação de manifestação escrita (conhecida como fase de defesa preliminar/prévia), recebimento da inicial, citação do(s) réu(s), fase de produção de provas (instrução) e sentença.

Como dito em linhas pretéritas, o Ministério Público, por expressão previsão constitucional, é a principal instituição legitimada à propor a referida ação judicial. Contudo, não é a única parte legítima, pois a pessoa jurídica interessada (União, Estado, Município, DF, Fundações, por meio da administração direta, indireta e fundacional) também poderá fazê-lo, cumprindo apenas demonstrar a pertinência temática (interesse jurídico na demanda).

No que tange à legitimidade passiva, podem figurar como alvo das ações de improbidade todos os agentes públicos e particulares que concorram para a prática dos atos ímprobos ou que deles se beneficiem, nos termos do art. 3º da Lei n.º 8.429/1992.

Em relação ao início da demanda, convém destacar o que determina o § 6º do art. 17:

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas no

¹⁴³ MATTOS, op. cit., 536.

¹⁴⁴ Tendo em vista a fase peculiar de notificação prévia, melhor seria falar que o rito ordinário segue após o recebimento da inicial.

Em relação à redação normativa consignada, resta clarividente que a inicial de improbidade não carece de ser instruída com longo arco probatório para ser recepcionada, bastando apenas que sejam apresentados indícios mínimos que permitam entrever a possível lesão ao patrimônio público e aos princípios da administração pública, bem como provas dos suspeitos de tais ilícitos, até porque o direito à produção de provas ao longo da instrução processual é uma das facetas do devido processo legal, sendo lícito ainda destacar que a exigibilidade de vasto acervo probatório para a deflagração de uma ação judicial obliteraria o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Pois bem, proposta a ação pelo autor, cumpre ao magistrado, nos termos do § 7º do art. 17 da Lei n.º 8.429/1992 – entra em cena o ponto central deste trabalho – determinar a notificação (pessoal) do demandado, para que este, no prazo de 15 (quinze) dias, apresente manifestação (preliminar) escrita.

Nesse sentido, segue a redação normativa:

§ 7º Estando a inicial em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a notificação do requerido, para oferecer manifestação por escrito, que poderá ser instruída com documentos e justificações, dentro do prazo de quinze dias.

Assim, antes de proceder ao juízo de admissibilidade da prefacial, deverá o juízo competente, consoante a redação acima, oportunizar à parte demandada a apresentação de sua versão sobre os termos consignados pelo autor, no prazo de 15 dias, para somente após tal diligência avaliar a viabilidade da acusação.

Superada esta fase preliminar, e apresentada ou não defesa prévia, o magistrado terá o prazo de 30 dias para deliberar sobre o juízo de admissibilidade. De um lado, à luz da manifestação da parte demandada, caso entenda não existir conduta ímproba, que o pedido é manifestamente improcedente ou que se trata de inadequação da via eleita, o juiz rejeitará a prefacial. Lado outro, caso se convença da presença dos pressupostos legais de admissão, o magistrado receberá a petição inicial e determinará a citação do demandado para que este providencie a apresentação de contestação, cabendo, para atacar o despacho de recebimento, o recurso de agravo de instrumento (Art. 17, § 8º, 9º e 10, da Lei n.º 8.429/1992).

Em relação aos demais atos processuais que culminarão, ao final, na prolação de sentença absolutória ou condenatória, as ações em comento seguem o rito do procedimento previsto no Código de Processo Civil (comum ordinário).

5.2.1 A origem da fase de notificação prévia e o argumento justificador: consequências jurídicas da inobservância

Como dito acima, o procedimento das ações de improbidade possui uma fase de notificação preliminar, na qual, antes de admitir a acusação, o juiz colhe os argumentos e as justificações da parte demandada.

Na origem, sobredita fase, tinha a declarada intenção de promover um contraditório prévio, de modo a evitar o processamento de lides temerárias, desprovidas de qualquer substrato probatório mínimo. Pretendia-se dar um suporte fático ao julgador, oportunizando à parte a apresentação de manifestação, cuja finalidade seria conferir maior rigor a análise do recebimento da peça vestibular, que, a depender do caso, poderia ser rejeitada liminarmente.

Nesses termos, segue o escólio de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

[...] buscou o legislador criar uma importante barreira processual ao processamento de lides temerárias, e injustas, destituídas de prazo razoável (“indícios suficientes da existência do ato de improbidade”), na dicção do § 6º), preservando não só o agente público e a própria administração, cuja honorabilidade se vê também afetada, como também o Poder Judiciário, órgão da soberania estatal que deve ser preservado de “aventuras processuais”.¹⁴⁵

Desponta também relevante a assertiva de Waldo Fazzio Júnior:

A prestação de informações prevista no art. 17, § 7º, da Lei nº 8.249/92 tem por fito evitar o trâmite de ações de improbidade administrativa destituídas de um mínimo de fundamento ou temerárias. Se, efetivamente, improcede a pretensão do Ministério Público ou da pessoa jurídica, o réu tem, aqui, a primeira oportunidade para obstar o recebimento de petição inicial.¹⁴⁶

Ademais, consoante Lucon, Costa e Recena Costa:

[...] a defesa preliminar foi instituída como fase procedimental a fim de se evitar as lides temerárias; assim, a notificação do requerido para apresentação da defesa preliminar seria obrigatória tão só na hipótese de a inicial ter sido instruída com documentos e justificações que não o inquérito civil antecedente, já que a simples presença desse instrumento de atuação do Ministério Público, antecedentemente à ação, afastaria o ajuizamento de lide temerária.¹⁴⁷

Assim, segundo a doutrina citada, a fase de notificação prévia justifica-se na medida em que, a abertura para manifestação sobre os termos da inicial visa possibilitar à parte convencer o juiz acerca da inexistência de indícios da prática de ato de improbidade, fulminando, de pronto, a instauração de processos de cunho político-ideológico.

Nesse diapasão, parte da doutrina considera que a notificação prévia é indispensável à plena validade do procedimento para apuração de condutas de improbidade, de modo que sua inobservância, segundo os autores que adotam tal posição, é causa de nulidade absoluta,

¹⁴⁵ GARCIA; ALVES. op. cit., p. 998.

¹⁴⁶ FAZZIO JR, WALDO. op. cit., p. 456.

¹⁴⁷ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n.º 8.429/1992**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 100.

por inobservância do *due process of Law*¹⁴⁸, podendo, nesse caso, ser argüida em qualquer fase do processo.

Dorival Renato Pavan e Bruna Capelari representam essa corrente de pensamento, acrescentando, porém, que a nulidade absoluta demanda a efetiva demonstração de prejuízo, em homenagem ao princípio *pás de nulité sans grief*.¹⁴⁹

Por outro lado, há autores que defendem posicionamento no sentido de que a ausência da referida notificação não gera nulidade absoluta, mas sim nulidade relativa, que, nesta hipótese, deverá ser argüida na primeira oportunidade que a parte tiver de se manifestar, sob pena de preclusão consumativa.

Nesse sentido, eis o apanágio de Mauro Campbel Marques e Fabiano da Rosa Tesolin:

Outrossim, inadequada a afirmação de nulidade processual presumida, tampouco justificável a anulação de uma sentença condenatória por ato de improbidade administrativa que, após regular instrução probatória com observância dos princípios da ampla defesa e contraditório, deve necessariamente estar fundada em lastro probatório de autoria e materialidade do ato de improbidade administrativa.

Na mesma direção, segue Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

De toda sorte, a inobservância da regra da notificação prévia por demandar a demonstração de prejuízo (art. 250 do CPC), gera nulidade meramente relativa. Em arrimo a tal conclusão deve-se ter em vista que a ratio da normativa provisoriamente instituída é a de evitar o nascimento de relação processual destituída de justa causa, não se voltando a defesa prévia unicamente ao exercício do contraditório que será posteriormente exercido na forma do § 9º, daí se concluindo, pelo menos em regra, que nenhum advirá ao réu.¹⁵⁰

Ocorre que, para estes últimos autores, só cabe falar em nulidade relativa quando a ação de improbidade não for acompanhada de inquérito civil ou procedimento administrativo congênere.¹⁵¹

É o que se colhe dos comentários abaixo:

Não se pode perder de vista, contudo, que a maioria esmagadora das ações por improbidade administrativa são precedidas de um momento administrativo de investigação, levado a cabo quer pela pessoa jurídica lesada, quer, o que é mais freqüente, pelo Ministério Público, utilizando-se este último, como regra, do inquérito civil. Isso significa que, salvo em hipóteses excepcionais, a imputação por improbidade administrativa, até por conta da necessidade de descrição precisa dos

¹⁴⁸ Significa devido processo legal.

¹⁴⁹ PAVAN, Dorival Renato; CAPELARI, Bruna. In: **O Art. 17 da Lei n.º 8.429/1992 e os principais aspectos processuais da ação de improbidade administrativa**. LUCON-COSTA-COSTA. op. cit., p. 102.

¹⁵⁰ GARCIA; ALVES. op. cit., págs. 1001-1002.

¹⁵¹ De acordo com o art. 1º da Resolução n.º 23/2007 do CNMP: O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_23_alterada_143.1.pdf> Acesso em: 06 de Abril de 2017

fatos pelo autor, é corroborada por uma movimentação prévia de apuração, revestida das formalidades e garantias peculiares a tal momento administrativo.¹⁵²

Daniel Assumpção Amorim Neves e Rafael Carvalho Resende Oliveira adotam posição em sentido contrário, pois, diferente das correntes citadas, entendem estes autores que a fase de notificação prévia causa apenas o retardamento do procedimento para apuração dos atos de improbidade, tornando o processo ainda mais demorado e comprometendo sobremodo a produção de provas, sendo, na visão dos autores, uma fase totalmente desnecessária.

Não se tem como negar que a existência de um contraditório prévio à admissão da petição inicial tem como escopo a proteção do agente público contra acusações injustificadas e temerárias, bem como a própria Administração Pública, considerando-se o natural reflexo negativo imputado a ela e a instabilidade no setor público em razão de tal ação. Até mesmo alega-se que a norma protege o próprio Poder Judiciário de demandas aventureiras. Ocorre, entretanto, que também não se pode esconder ou esquecer os prejuízos advindos de tal medida. O retardamento do procedimento é o mais evidente deles, tornando o processo ainda mais demorado do que o de costume. Essa demora pode, inclusive, influenciar negativamente na colheita das provas, que poderão se perder em razão do tempo [...]¹⁵³

Sobre o tema em questão, havia até o ano de 2014 divergência de entendimento na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Até então a primeira turma da Corte superior entendia que a ausência de notificação preliminar ensejava a nulidade absoluta (vide Rcl 3746/PR), ao passo que a segunda turma era firme na defesa de que tal omissão era causa de nulidade meramente relativa (REsp 1380390 / DF e AgRg no REsp 1499116 / SP). Ocorre que, no bojo do REsp 1101585/ MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a primeira turma do Superior Tribunal de Justiça curvou-se ao entendimento há tempos consagrado pela primeira turma, passando a assentar que a nulidade por inobservância da fase de notificação preliminar requer a efetiva demonstração de prejuízo, sendo, então, relativa.¹⁵⁴

Assim, atualmente, no âmbito do STJ, prevalece o entendimento na direção de que a falta de notificação prévia acarreta nulidade relativa, cuja proclamação depende da oportuna e efetiva comprovação de prejuízo.¹⁵⁵

A título ilustrativo, convém citar ementa de julgado mais recente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que confirma o que vem sendo dito:

¹⁵²GARCI; ALVES; op. cit., p. 998.

¹⁵³ NEVES, Daniel Assumpção Amorim; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual. 3ª ed. rev., atual. eamp.** São Paulo: Método, 2015, p. 887.

¹⁵⁴Todos os recursos especiais citados podem ser consultados no site do Superior Tribunal de Justiça: Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=notifica%E7%E3o+pr%E9via+improbidade+nulidade+absoluta&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 14 mar. 2017.

¹⁵⁵Nesse sentido: REsp 1.101.585/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ acórdão Min. Benedito Gonçalves, *DJe* 25.04.2014; AgRg no REsp 1.194.009/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, *DJe* 30.05.2012; REsp 1.233.629/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, *DJe* 14.09.2011.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUBMISSÃO DOS AGENTES POLÍTICOS ÀS DISPOSIÇÕES DA LEI 8.429/92. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INEXISTÊNCIA. ALEGADA ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. INFRINGÊNCIA À LEGISLAÇÃO ELEITORAL. ART. 12 DA LEI 8.429/92. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA (ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/92). NULIDADE RELATIVA. ART. 398 DO CPC/73. JUNTADA DE DOCUMENTO NOVO RELEVANTE, COM AS CONTRARRAZÕES ÀS APELAÇÕES. NÃO OBSERVÂNCIA DO PRAZO CONCEDIDO, ÀS PARTES, PARA MANIFESTAÇÃO. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO NO NOVODOCUMENTO. NULIDADE. AFRONTA AO ART. 398 DO CPC/73. PRECEDENTES.

“(…) Segundo a jurisprudência desta Corte, “eventual descumprimento da fase preliminar da Lei de Improbidade Administrativa, que estabelece a notificação do acusado para apresentação de defesa prévia, não configura nulidade absoluta, mas nulidade relativa que depende da oportuna e efetiva comprovação de prejuízos” (STJ, AgRg no REsp 1.499.116/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/09/2015). No caso, não tendo sido comprovado efetivo prejuízo para a defesa, como demonstrado no acórdão recorrido, não há falar em nulidade processual absoluta...”

(REsp 1358338 / SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, Julgado em 09.08.2016, DJe 02.02.2017)

No caso analisado pelo STJ, os recorrentes interpuseram recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, a e c, da Constituição Federal, com o escopo de reformar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que confirmou o teor de sentença de primeiro grau, condenando os recorrentes pela prática de improbidade administrativa. Na ocasião, o TJ/SP reiterou os fundamentos do juízo *a quo* e afirmou que a ausência de notificação para defesa prévia não configuraria nulidade absoluta, nem tampouco violaria o contraditório ou a ampla defesa, notadamente diante da ausência de prejuízo para as partes.

Cumprido destacar um trecho do voto da Ministra Assusete Magalhães:

[...] Com efeito, a decretação de nulidade de atos processuais depende da necessidade de efetiva demonstração de prejuízo à parte interessada, em face do princípio *pas de nullité sans grief*. Precedentes: STJ, EREsp 1.121.718/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, CORTE ESPECIAL, DJe de 01/08/2012; STJ, AgRg no REsp 1.431.148/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/04/2015; STJ, AgRg no REsp 1.134.998/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, DJe de

03/04/2014. Assim, não tendo sido comprovado efetivo prejuízo para a defesa, não há falar em nulidade.¹⁵⁶

Diante do entendimento do STJ, conclui-se que a jurisprudência é firme no sentido de que a fase de notificação prévia não é obrigatória, vez que a sua inobservância não configura, por si só, hipótese de nulidade absoluta do processo de apuração de improbidade administrativa, mas sim nulidade relativa, que somente será declarada quando restar comprovado o efetivo prejuízo à parte que alega. Sendo assim, o entendimento jurisprudencial parece caminhar na trilha de certa parte da doutrina que considera superada a aludida fase procedimental, ao argumento de que sua observância não obsta a consecução de um contraditório prévio (razão justificadora da origem do instituto), exercido tanto na fase investigatória, no âmbito do inquérito civil, como no momento da oferta de contestação.

5.2.2 Os efeitos da notificação prévia no contexto atual: O PL 4850/2016 – Dez Medidas de Combate à Corrupção e a proposta de alteração do procedimento previsto na Lei n.º 8.429/1992

Na linha do vem sendo dito, o procedimento para apuração e punição dos agentes públicos e de terceiros que cometem atos de improbidade administrativa possui uma fase de notificação prévia, onde, antes de realizar o juízo de admissibilidade da petição inicial apresentada pelo titular da ação – que, como vem sendo dito, no mais das vezes é o Ministério Público –, ou seja, antes de receber a peça póstica, o juiz competente notifica a parte demandada para que esta, querendo, se manifeste sobre os termos da demanda, podendo, na ocasião, coligir documentos e justificação. Como frisado anteriormente, a referida fase preliminar foi inserida na Lei de Improbidade Administrativa através da Medida Provisória n.º 2225-45/2001, tendo como fundamento evitar a deflagração de ações judiciais de índole duvidosa, do ponto de vista probatório.

Sucedendo que, num contexto de inflexão social e de efervescência política, há um levante apregoando a necessidade de edição de leis para prevenir atos de corrupção e punir com maior rigor os menoscabos perpetrados pelos agentes públicos e privados em detrimento da administração pública.

¹⁵⁶ Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63742898&num_registro=201202586204&data=20170202&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 14 mar. 2017.

Nesse viés, a previsão legal da referida notificação preliminar vem sendo alvo de duras críticas de alguns especialistas, bem como de atores jurídicos que discordam da necessidade da existência da mencionada fase, sob o argumento de que ela causa, desnecessariamente, a morosidade do trâmite das ações de improbidade administrativa que visam preservar o patrimônio público, violando, em última análise, o princípio constitucional da duração razoável do processo. Salientam, ainda, que, a despeito de surgir com a justificativa de obstar a deflagração de processos temerários, a notificação prévia acabou possibilitando a desnecessária existência, no âmbito das ações de responsabilidade civil por ato de improbidade, de uma dupla fase defensiva, visto que a parte demandada possui dois momentos para se defender, sem qualquer diferença substancial.

Eis, nesse viés, as lições de Daniel Assumpção Amorim Neves e Rafael Carvalho Resende Oliveira:

[...] Não me convenço que a natureza do direito discutido na ação de improbidade administrativa justifique a existência dessa fase preliminar ao recebimento da petição inicial, conforme entende parcela doutrinária.

[...]

Conforme ensina a melhor doutrina, a fase preliminar se espelha no procedimento penal previsto para os crimes funcionais, no qual se prevê uma fase preliminar de notificação dos demandados para o oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 518 do CPP). A possibilidade de imposições de sanções ontologicamente semelhantes às sanções penais justificaria, para parcela da doutrina, a adoção de um procedimento diferenciado semelhante àquele observado na esfera penal.

Não concordo com o fundamento apresentado para justificar a fase de defesa prévia consagrada em lei. Apesar de ser realmente o direito penal a provável fonte da previsão legal ora analisada, mais uma vez é injustificável a conduta adotada pelo legislador, considerando-se a natureza civil da ação de improbidade administrativa [...]

Não se tem como negar que a existência de um contraditório prévio à admissão da petição inicial tem como escopo a proteção do agente público contra acusações injustificadas e temerárias, bem como a própria Administração Pública, considerando-se o natural reflexo negativo imputado a ela e a instabilidade no setor público em razão de tal ação. Até mesmo alega-se que a norma protege o próprio Poder Judiciário de demandas aventureiras.

Ocorre, entretanto, que também não se pode esconder ou esquecer os prejuízos advindos de tal medida. O retardamento do procedimento é o mais evidente deles, tornando o processo ainda mais demorado do que o de costume [...] ¹⁵⁷

Os autores ainda acrescentam que:

Por outro lado, cria-se uma duplicidade de defesas absolutamente desnecessária. Todas as matérias que o demandado pode alegar em sua defesa prévia pode ser alegada em sede de contestação. Não consigo notar a diferença entre extinguir o processo após a defesa prévia do réu e fazê-lo logo após a apresentação de sua contestação.⁴¹ Mesmo que decorrente de uma anomalia, o acusado comporá o polo passivo desde o início da demanda, e será réu mesmo antes da admissão da petição inicial.⁴² A opção por chamá-lo de réu somente após a admissão da petição inicial é filigrana terminológica que não altera a realidade das coisas.

¹⁵⁷ NEVES; OLIVEIRA, op. cit.

Finalmente, por mais paradoxal que possa parecer, essa fase de defesa prévia pode até mesmo se mostrar prejudicial ao acusado pela prática de ato de improbidade. Ainda que o recebimento da petição inicial não deva ser considerado um pré-julgamento, a mera possibilidade de a ação ser extinta nesse momento inicial passa uma impressão de que há culpa do réu caso haja seu recebimento. A impressão que ficará é que, já havendo uma decisão favorável ao prosseguimento da ação, proferida após a apresentação de defesa, o réu é culpado e a ação seguirá somente para cumprir os necessários caminhos burocráticos do processo.

Se o receio que justifica a adoção de uma fase procedimental de defesa prévia é o linchamento moral do réu, o recebimento da petição inicial após a apresentação de defesa prévia não ajuda à preservação de sua imagem. Entendo, inclusive, que o efeito é justamente o inverso, passando uma impressão que nem sempre condiz com a realidade – de alguma responsabilidade do réu nos eventos narrados na petição inicial.¹⁵⁸

Nesse contexto, como se pode observar, parte da doutrina, capitaneada pelos autores acima citados, apresenta diversos efeitos negativos da conjuntura procedimental atualmente presente na Lei n.º 8.429/1992, que prevê a multicitada fase de notificação prévia, sendo o maior deles a inmensurável morosidade na tramitação das ações judiciais, que põe em xeque a concretização da duração razoável do processo.

Diante de tal panorama, há algumas propostas de alterações do rito procedimental das ações de improbidade administrativa, mormente visando alinhá-lo ao princípio constitucional em comento e à efetiva e eficaz preservação do patrimônio público, erigido à categoria de direito fundamental de terceira geração, de cunho globalizante, porque alçado a um direito humano universal, conquistado através da razão comunicativa.¹⁵⁹

Nessa senda, em meados de 2014 o Ministério Público Federal e alguns setores da sociedade civil organizada, iniciaram uma campanha nacional para colher assinaturas de cidadãos dispostos a apresentar um projeto de lei de iniciativa popular junto ao Congresso Nacional objetivando a aprovação legislativa de medidas de atualização de institutos jurídicos, notadamente com o escopo de prevenir e combater à corrupção no país.

A campanha, intitulada de “10 Medidas de Combate à Corrupção”¹⁶⁰, teve amplo apoio popular. Entre as propostas apresentadas, uma delas diz respeito ao objeto deste trabalho, qual seja, a alteração do procedimento das ações de improbidade administrativa, especificamente a substituição da notificação prévia atualmente prevista no art. 17, § 7º, da Lei n.º 8.429/1992, pela citação do réu, agora com vistas a apresentar contestação, sem prejuízo, no entanto, de uma fase de análise preliminar de viabilidade da acusação após a

¹⁵⁸ NEVES; OLIVEIRA, op. cit.

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**, p. 438. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17316057/habermas-jurgen-o-discurso-filosofico-da-modernidade>> Acesso em: 06 abr. 2017.

¹⁶⁰ A campanha, o teor dos projetos de lei, incluindo O PL relativo ao procedimento das ações de improbidade, pode ser consultado no site: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas>.

citação, consoante dispõe a logística procedimental do Código de Processo Penal, reformada pela Lei n.º 11.719/2008.

Segundo o anteprojeto, a alteração específica do procedimento em questão se justifica na medida em que busca inibir uma das principais causas de morosidade das ações, que é a fase de notificação prévia.

Cumpram-se transcrever alguns trechos da Justificativa do projeto de lei em glosa:

“(…) O primeiro obstáculo procedimental à celeridade das ações de improbidade administrativa é, sem dúvida, a fase de notificação preliminar e recebimento da ação, antes mesmo da citação do réu. Dito procedimento, criado pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, tinha a intenção declarada de possibilitar um contraditório prévio, a fim de evitar a tramitação de ações consideradas temerárias. Assim, pretendia-se conferir ao julgador a oportunidade de, antes mesmo de admitir ou não a tramitação do processo, conhecer os argumentos de defesa do réu e deliberar pelo não recebimento da ação, quando convencido liminarmente da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita. Ocorre, desafortunadamente, que a MP nº 2.225/2001 acabou por criar a necessidade de uma dupla notificação/citação do réu já que, após a notificação preliminar e a decisão sobre o recebimento da ação, ainda se faz necessária a citação pessoal do réu. Na prática, isso implica que o réu deverá ser intimado pessoalmente duas vezes: a primeira, para se manifestar sobre os termos da ação, e a segunda, para contestá-la. Não há, entretanto, diferença substancial entre as defesas da primeira notificação e da segunda citação; em regra, há a mera repetição da peça uma vez que o réu pode, já na manifestação preliminar, apresentar toda a matéria de defesa de fato e de direito, na tentativa de convencer o julgador a rejeitar liminarmente a ação. Esse procedimento esdrúxulo constitui verdadeiro obstáculo à celeridade na tramitação das ações de improbidade administrativa porque os dois atos – notificação preliminar e citação – devem ser dirigidos à pessoa do réu, não se podendo sequer fazê-lo pelo advogado constituído. É comum que, após diversas tentativas de localizar o réu para receber a notificação para manifestação preliminar, tais tentativas tenham que ser refeitas após o recebimento da ação, apenas para que o réu possa ser agora citado pessoalmente. A situação é agravada quando há diversos réus na ação, já que o recebimento da inicial somente poderá ocorrer após a notificação preliminar de todos eles. Muitas vezes, a citação somente vem a ocorrer anos após a primeira notificação, quando o réu já mudou seu endereço. Ainda deve-se levar em consideração que, no governo federal e nos governos estaduais, é extremamente comum que os detentores de cargos de direção sejam requisitados de outros órgãos ou deslocados de outras lotações para o exercício daquele cargo, de forma que essas pessoas mudam de endereços constantemente. Com a necessidade de dupla notificação/citação, em regra não se logra localizar o réu no mesmo endereço da primeira notificação.

(…) Diga-se, mais ainda, que muito provavelmente os réus terão o trabalho único de renovar as linhas de argumentação já oferecidas por ocasião da defesa preliminar, em um verdadeiro faz de conta procedimental no qual o único perdedor é o Princípio da Razoável Duração do Processo, estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

Colhe-se que os principais argumentos do autor do projeto de lei de iniciativa popular, mormente da proposta atinente à Lei n.º 8.429/1992 são os seguintes: a fase de notificação causa a morosidade do trâmite das ações judiciais, pois, antes de receber a inicial e analisar os argumentos contidos na ação, o juiz notifica pessoalmente o demandando, e se for mais de um, deve notificar todos; o que, não raras vezes demora muito, porque há constante

mudança de endereço e dificuldade da localização; que existe uma desnecessária duplicidade defensiva, de vez que toda a matéria de defesa pode ser ventilada tanto na manifestação preliminar como na contestação, sendo comum a repetição das linhas de argumentação dos patronos dos demandados; com isso, as ações de improbidade ficam paradas em anos, esperando o término do referido rigor procedimental, o que se constata diante de inúmeros casos concretos; a ineficácia social e jurídica do instituto; a efetividade da defesa do patrimônio público acaba sendo prejudicada; e, por fim, a celeridade e, em último plano, o princípio constitucional da duração razoável do processo são flagrantemente violados.

Ainda, segundo o Ministério Público Federal, o rigor procedimental da Lei de Improbidade Administrativa supera àquele do processo penal brasileiro, que não possui fase de notificação prévia, mesmo se referindo ao ramo que visa proteger bem jurídico de grande relevância, qual seja, a liberdade.

Destarte, segundo a justificativa do projeto de lei, pretende-se com a proposta de modificação legislativa extinguir da Lei n.º 8.429/1994 o procedimento tríplice de notificação preliminar, de recebimento e de citação pessoal do réu, substituindo pela citação, recebimento e análise da viabilidade da acusação, que poderá destoar na rejeição da inicial, na hipótese de inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, seguindo o modelo do procedimento do processo penal, oriundo da Reforma introduzida pela Lei n.º 11.719/2008.

Sobre tal questão, o Promotor de Justiça Renato Kim Barbosa, em artigo publicado no portal Consultor Jurídico (CONJUR), defende que a notificação prévia prejudica a razoável duração do processo de improbidade.¹⁶¹

Nessa perspectiva, o jurista sustenta que “a fase preliminar criada pela Medida Provisória n.º 2.225-45/2001 chega a retardar em anos o trâmite dos processos judiciais que visam a reprimir, na seara cível, a corrupção e os demais atos de improbidade administrativa”.

¹⁶²

Acrescenta que “como consequência, geram-se atraso e deficiência incomensuráveis na proteção do patrimônio público e do erário, prejudicando sobremaneira a defesa dos direitos dos cidadãos quanto a possuir uma Administração Pública livre de improbidade”.¹⁶³

¹⁶¹ Renato Kim Barbosa In: **Notificação Prévia prejudica a razoável duração do processo de improbidade.** Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2016-out-10/mp-debate-notificacao-previa-prejudica-razoavel-duracao-processo>> Acesso em 11 de abril de 2017.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

Pois bem, ocorre que, embora tenha recebido amplo apoio popular, tendo sido colhidas as assinaturas necessárias a apresentação do referido projeto de lei de iniciativa popular, nenhuma proposta da Campanha em foco foi aprovada pelo Congresso Nacional, nem mesmo a de alteração da Lei n.º 8.429/1994, especialmente no que tange ao procedimento das respectivas ações.

Em verdade, tendo em vista a presença de propostas polêmicas no pacote “anti-corrupção”, que, segundo alguns juristas, comprometem alguns direitos e garantias fundamentais, há grande resistência para a aprovação, nos moldes em que foi apresentado.

Nada obstante, tem-se que o conteúdo do projeto relativo à Lei de Improbidade Administrativa, que compõe uma das medidas do citado pacote, está contido em vários projetos de lei, cumprindo pontuar o PLS n.º 108/2016, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues. O texto, no entanto, encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça daquela Casa Legislativa.¹⁶⁴

5.3 A EXISTÊNCIA DE DUPLA FASE DEFENSIVANO PROCESSO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AO RITO ESTABELECIDO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Conforme já tecido em linhas pretéritas, uma das justificativas do instituto da notificação prévia é a promoção de um contraditório prévio, isto é, permitir que a parte interessada se manifeste sobre o teor da acusação antes do recebimento da inicial, a fim de evitar a instauração de lides temerárias.

Acontece que, atualmente, a grande maioria das ações de improbidade administrativa são consubstanciadas em inquéritos civis ou procedimentos congêneres, que, por força do art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988 e art. 7º, incisos XIII, XIV, XV e XVI, da Lei n.º 8.906/1994, já asseguram o exercício do contraditório e da ampla defesa. É o que ocorre na investigação administrativa¹⁶⁵, geralmente conduzida pelo órgão do Ministério Público.

¹⁶⁴ Dez Medidas de Combate à Corrupção. In: Celeridade nas Ações de Improbidade Administrativa. Link para os projetos de Lei no Senado. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/tramitacao-no-congresso/outras-proposicoes-legislativas>> Acesso em: 15 de abril de 2017.

¹⁶⁵ Quando se fala em investigação administrativa, estar-se-á se referindo ao inquérito civil instaurado pelo Ministério Público, pois este é, no mais das vezes, o instrumento utilizado para apurar condutas que lesionam bens vinculados ao patrimônio público. Nada impede, contudo, que outros procedimentos, instaurados por órgãos distintos, como pessoas jurídicas e instâncias de controle, como é o caso dos Tribunais de Contas, sirvam como substratos probatórios para o ajuizamento de ações de improbidade, instandosalientar, ainda, que a inicial pode ser intentada apenas com documentos e justificação, prescindindo de investigação preliminar ou procedimento formal.

Corroborando esta assertiva, a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) n.º 23, de 17 de setembro de 2007, atualizada pela Resolução 143, de 14 de junho de 2016, estipula que “para o esclarecimento do fato objeto de investigação, deverão ser colhidas todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico [...],¹⁶⁶ cabendo a “qualquer pessoa, durante a tramitação do inquérito civil, apresentar ao Ministério Público documentos e subsídios para melhor apuração dos fatos”,¹⁶⁷ até porque prevalece o princípio da publicidade dos atos processuais, relativizado apenas na hipótese de decretação de sigilo.

Portanto, não é crível o argumento de que a notificação prévia deve persistir para promover o princípio constitucional do contraditório, já que, como dito, tal direito fundamental pode muito bem ser gozado ainda na fase de investigação preliminar, geralmente conduzida pelo órgão ministerial, onde as partes interessadas têm ampla liberdade para influenciar a opinião daquela instituição, a ponto de ensejar eventual promoção de arquivamento do respectivo inquérito civil (art. 10).

Em verdade, consoante colocação feita por Daniel Assumpção Amorim Neves, longe de privilegiar o contraditório, a fase de notificação prévia influencia um juízo prévio de culpabilidade, haja vista que o recebimento da inicial, mesmo após a apresentação de documentos e justificações, passa a impressão de que o réu é presumivelmente culpado, pois não foi capaz de suplantar os argumentos da acusação. Além disso, segundo o autor, tal rito compromete a razoável duração do processo de improbidade, assim entendida como um parâmetro temporal que deve nortear a prestação da tutela jurisdicional individual e coletiva.

De fato, é flagrante a necessidade de superação da notificação prévia, principalmente quando se verifica, a partir de casos concretos de grande repercussão, a flagrante morosidade do trâmite das ações de improbidade devido à espera para se concretizar o aludido procedimento.

A título exemplificativo, este trabalho destaca a ação de improbidade relacionada ao caso do projeto híbrido postal, um dos desdobramentos de um complexo esquema de fraudes em licitações da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, que teve a participação de agentes públicos e particulares.

A prefacial, com sete réus, foi proposta em **29 de julho de 2010**. A fase de notificação preliminar dos réus somente foi concluída em julho de 2013, isto é, somente três anos após o ajuizamento da demanda. Doravante, em **12 de novembro de 2013** foi proferida a decisão que acolheu os argumentos da acusação (recebimento da petição inicial) e

¹⁶⁶ Art. 6º, § 2º, da citada Resolução.

¹⁶⁷ Art. 6º, § 5º, da citada Resolução.

determinada a realização da citação dos réus, para oferecerem contestação. Assim, nota-se que nesta ação específica foram necessários três anos apenas para que fosse concluída a fase de notificação preliminar dos réus, sendo que a fase seguinte, relativa a apresentação de contestação, não difere muito da primeira, vez que tem como finalidade oportunizar que a parte apresente sua versão sobre os fatos imputados, arrolando testemunhas e requerendo a juntada de documentos.¹⁶⁸

Destarte, não é escusado dizer que a existência de dupla fase defensiva apenas promove a morosidade do trâmite das ações de improbidade, violando, frontalmente, o princípio da razoável duração do processo, estabelecido no art. 5º, LXXVIII, da Constituição.

De fato, o exemplo em foco não é uma exceção no contexto das ações em comento, pois são inúmeros os casos concretos nos quais a marcha processual das ações de improbidade administrativa foi prolongada em alguns anos, diante da existência de dupla notificação/citação dos réus.

Nessa toada, pelas mesmas razões, verifica-se a demora na ação de improbidade movida pelo Ministério Público Federal em desfavor de dirigentes da FUB (Fundação Universidade de Brasília) e do CESPE (Centro de Seleção e Promoção de Eventos da UnB, responsável pela realização de boa parte dos concursos do país), em virtude de desobediência à Lei n.º 8.666/1993 e do desvio de recursos para empresas cujos sócios tinham vínculos com dirigentes do CESPE. A ação, também com sete réus, foi proposta em **15 de outubro de 2008**. A fase preliminar, neste caso, somente foi concluída **quatro anos após**, com o recebimento da inicial em **6 de novembro de 2012**.¹⁶⁹

Nesse contexto, é evidente que a demora no trâmite das ações, desencadeada, em parte, devido à fase de notificação prévia, compromete a efetividade da tutela jurisdicional, que, indiscutivelmente, depende do equilíbrio entre o tempo de ajuizamento da demanda e o efetivo julgamento. Em última análise, não há como negar, pelos exemplos dados, que a fase de notificação prévia é verdadeiro obstáculo à concretização do postulado da duração razoável do processo.

Ante o exposto, à míngua da inconstitucionalidade da aludida fase procedimental, quando analisada à luz do princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXVIII, da CRFB/1988), tem-se como fundamental a aprovação de projetos de lei, tal qual o proposto no

¹⁶⁸ Ministério Público Federal. In: **dez medidas de combate à corrupção**. Disponível em: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/conheca-as-medidas/docs/medida_5_versao-2015-06-25.pdf> Acesso em: 15 de abril de 2017.

¹⁶⁹ Ibidem.

PL 4850/2015, para fins de adotar procedimento semelhante ao que foi implementado no Código de Processo Penal, pela Lei n.º 11.719, de 20 de junho de 2008.

A reforma instituída pela referida lei alterou o Código de Processo Penal para criar uma fase de análise preliminar da (in)viabilidade da acusação que é realizada, contudo, após a citação do réu.

Cumpre transcrever os dispositivos que tratam do procedimento:

Art. 396. Nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, recebê-la-á e ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de 10 (dez) dias. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Parágrafo único. No caso de citação por edital, o prazo para a defesa começará a fluir a partir do comparecimento pessoal do acusado ou do defensor constituído. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º A exceção será processada em apartado, nos termos dos arts. 95 a 112 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Não apresentada a resposta no prazo legal, ou se o acusado, citado, não constituir defensor, o juiz nomeará defensor para oferecê-la, concedendo-lhe vista dos autos por 10 (dez) dias. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar: (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade; (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

IV - extinta a punibilidade do agente. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Pelos dispositivos transcritos, verifica-se que, recebida a inicial, o juiz determina a citação da parte para fins de apresentar defesa, sendo que, após tal fase, munido das razões e documentos apresentados, realiza juízo preliminar de viabilidade da acusação, momento em que poderá inclusive absolver sumariamente o réu, quando verificar a existência manifesta de causa excludente de ilicitude do fato, excludente de culpabilidade do agente, ausência de crime ou quando vislumbrar causa de extinção de punibilidade.

Portanto, a extinção da notificação prévia e a preservação de uma fase única de citação do réu, seguida de uma análise preliminar sobre a viabilidade da acusação, nos moldes da ritualística do CPP, contempla tanto a preocupação que deu origem à fase de aludido instituto – evitar o processamento de lides temerárias – quanto à necessidade de promover a celeridade da tramitação do processo judicial de improbidade administrativa.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo e qualquer instituto jurídico, antes de ser instrumento da dogmática do Direito, é produto de uma longa construção, certamente influenciada por questões políticas, sociais e filosóficas relacionadas ao Estado.

De fato, não há como tratar de um tema jurídico sem antes apresentar ao leitor a forma como se processaram todas as questões preexistentes, bem como concepções e objetos afetos, imprescindíveis a plena e eficaz concreção da temática posta ao cotejo analítico.

Assim é que este trabalho procurou trazer concepções iniciais sobre Política, Estado, formas de governo, república, deveres do administrador público, consequências jurídicas de tais deveres, princípios jurídicos, jurisdição constitucional, improbidade administrativa para ao final, a partir da delimitação do terreno analítico, tecer considerações sobre o instituto jurídico proposto ao debate.

Nesse quadrante, indubitável que a efetividade dos institutos jurídicos depende da efetividade das finalidades do Estado Moderno, mais detidamente defendidas com o surgimento do Constitucionalismo pós-guerra, que surgiu para promover uma maior proteção dos direitos básicos dos cidadãos em face do arbítrio estatal.

Ocorre que, tais pretensões, construídas para defender as variadas dimensões de direitos (individuais, coletivos, cibernéticos), apoiadas inicialmente no contrato social instituído mediante acordo de vontade entre os homens, encontram diversos obstáculos no decorrer de sua materialização, máxime em função da estruturação social, da maximização do poder econômico sobre o poder político e, principalmente, em virtude de desvios de conduta ética perpetrados por aqueles a quem se delega a gestão e a responsabilidade pela concreção dos objetivos delineados nas Constituições democráticas.

Nesse contexto, sem dúvida a corrupção enquanto fenômeno tendente a se afastar das finalidades para as quais o Estado foi criado (primar pelo interesse geral de todos que compõem a comunidade pública) é um dos principais problemas que põe em xeque a crença na efetividade e na própria necessidade de existência do Estado, embora, como dito, seja absolutamente impensável o retorno ao “mundo primitivo”.

Assim é que a improbidade administrativa, tida como uma espécie de corrupção *strictu sensu*, surge como um tema que merece a mais séria atenção da comunidade jurídica, pois compromete a integridade das instituições democráticas e a própria credibilidade da

Administração Pública enquanto uma das facetas do Estado, mediante práticas eivadas de patrimonialismo, que subvertem os vetores axiológicos norteadores da função administrativa

Com efeito, subjaz imprescindível para o combate de tal anomalia no setor público, a construção de mecanismo de controle social, de fiscalização popular e, principalmente, a delimitação de uma legislação alinhada à defesa do patrimônio público e rigorosa no que tange a punição dos autores de práticas de malversação da coisa pública, sem descuidar, obviamente, da obediência aos princípios e garantias fundamentais consagrados na Carta Constitucional de 1988.

Pois bem, do ponto de vista legal, a Lei n.º 8.429/1992, tipifica, nos artigos 9º, 10 e 11, diversos atos de improbidade, cominando as respectivas sanções no art. 12, disciplinando, ainda, o procedimento das ações judiciais.

Nesse ponto, uma das peculiaridades do procedimento das ações de improbidade administrativa é a fase de notificação prévia, que permite a apresentação de defesa antes mesmo do recebimento da inicial acusatória.

Aludida procedimento, criado originariamente para assegurar um contraditório prévio e evitar o ajuizamento de lides temerárias, passou a ter sua aplicação contestada por parte da doutrina e de atores jurídicos que lidam diretamente com os processos de improbidade. De um lado, há autores que sustentam a tese de que a fase em questão é fundamental para respeitar o contraditório e a ampla defesa, sendo necessária sua estrita obediência, sob pena de nulidade absoluta. Por seu turno, outra corrente adere ao posicionamento de que a inobservância de tal notificação preliminar é falha meramente formal, que não enseja, por si só declaração de nulidade, que neste caso, por ser relativa, demanda a efetiva comprovação de prejuízo. Por fim, outra vertente, é firme no sentido de que a notificação prévia é desnecessária e compromete o princípio da duração razoável do processo, pois as ações de improbidade ficam paralisadas em anos aguardando a conclusão de aludida ato procedimental.

De fato, o presente trabalho se aproxima do último entendimento, pois conclui que as ações de improbidade administrativa devem guardar sintonia com os postulados consagrados na Lei Maior, em especial os princípios jurídicos de índole constitucional, como é o caso da duração razoável do processo, que inegavelmente se vê comprometida quando se permite a criação de uma fase desnecessária, que prolonga, de forma manifestamente protelatória, a celeridade do trâmite dos processos que visam tutelar um dos pilares da República brasileira, que é o patrimônio público.

No contexto atual, a esmagadora maioria das demandas judiciais por ato de improbidade são precedidas de uma longa e complexa investigação, onde, consoante ressaltado, é assegurado o contraditório e a ampla defesa, de modo a evitar a ocorrência de precipitações do legitimado ativo. Assim, numa primeira reflexão, colhe-se que o fundamento que originou o surgimento do instituto não possui muita força nos dias hodiernos.

Não por caso a Jurisprudência pátria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, vem decidindo que a falta de notificação do réu em ação de improbidade não é causa de nulidade absoluta, mas sim de nulidade relativa, que somente incidirá na hipótese de ser demonstrado o efetivo prejuízo, o que de certo corrobora o entendimento pela desnecessidade de referido momento procedimental, máxime quando a efetividade da tutela jurisdicional implica o respeito ao princípio constitucional da razoável duração do processo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, DF: **Diário Oficial da União**, 1988.

_____. Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário e violação aos princípios da administração pública, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

_____. Lei n. 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.

_____. Decreto-Lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.

_____. Lei Complementar n.º 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADIN 1.057-MC, Rel. Ministro Celso de Mello, Julgado em 6-4-2001. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346795>> Acesso em: 04.03.2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. HC 126292, Rel. Ministro Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12095503>> Acesso em: 04.10.2017.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. REspe 49-32/SP. Rel. Ministra Luciana Lóssio, julgado em 18.10.2016. Disponível em: <<http://www.tre-pb.jus.br/jurisprudencia/pesquisa/pesquisa>> Acesso em: 15.04.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AGRRCL na Recla. 10037, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 25.11.2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>> Acesso em: 02.04. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 3746/PR, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, julgado em 26.05.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=3746&ementa=nulidade+absoluta+notifica%E7%E3o+pr%E9via+improbidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 14.03.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REspREspn.º 1101585, 1ª Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 25.04.2014. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=3746&ementa=nulidade+absoluta+notifica%E7%E3o+pr%E9via+improbidade&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em: 08.04.2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1358338/SP, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 09.08.2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=63742898&num_registro=201202586204&data=20170202&tipo=51&formato=PDF> Acesso em: 14 mar. 2017.

ARISTOTELES. **A Política**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Ética a Nicômaco**. 6ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2013

AGUILLAR, Fernando Herren. **Metodologia da Ciência do Direito**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

ALMEIDA PRADO, Francisco Otacvio de. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: paz e terra, 2012.

_____. **O Positivismo Jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

CARRIO, Genaro. **PrincipiosJuridicos y Positivismo Juridico**. São Paulo: Livraria dos Advogados, 1970.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

COSTA, Nelson Nery. **Ciência Política**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, rev. at. e amp, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 81.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DEUTSCH, Karl Wolfgang. **Política e Governo**. 2ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1983.

DUGUIT, Léon. **Fundamentos do Direito**. Tradução Márcio Pugliese. São Paulo: Ícone, 1996.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Boeira. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma questão de princípio**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FAGUNDES, Miguel Seabra; CRETELLA JÚNIOR, José. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

FAZZIO Jr, Waldo. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

FERRARESI, Enrico. **Improbidade Administrativa: Lei 8.429/1992 comentada**. São Paulo: ed. Método, 2011.

FILHO, Marino Pazzaglini; FAZZIO, Waldo Junior; ELIAS, Márcio Fernando. **Improbidade Administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 382.

GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 13ª ed. Saraiva: São Paulo, 2008.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade: doze lições**, p. 438. Versão Digital. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/17316057/habermas-jurgen-o-discurso-filosofico-da-modernidade>> Acesso em: 06 abr. 2017.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Versão digital. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_thomas_hobbes_leviatan.pdf> Acesso em 16 de março de 2017.

JELLINEK, Geoge. **Teoria General del Estado**. 2ª ed. Mexico: companhia editorial continental, S. A., 1958.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e Construção de Direitos Fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP editora, 2009, p. 23.

_____. **Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Recife: Fundação Antônio dos Santos Abrantes, 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Improbidade Administrativa: aspectos processuais da Lei n.º 8.429/1992**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. 3ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**. Vol. 3: parte especial. 4ª ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2014.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O Limite da Improbidade Administrativa**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 264

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 8ª ed. 2012.

MAQUIAVEL, Nicolal. **O Príncipe**. 5ª ed. Rio de Janeiro: difel, 2009, p. 23.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 59

MONTESQUIEU, Charles de Secondat Baron de. **O Espírito das Leis**. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NETO, Pedro Sabino de Farias. **Ciência Política**. São Paulo: Atlas, 2003.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. **Direito Processual Civil**. Volume Único. 9ª ed. Salvador: ed. Juspodivm, 2017.

_____.NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Resende. **Manual de Improbidade Administrativa: direito material e processual**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2015.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

QUEIROZ, Paulo. **Curso de Direito Penal**. 9º ed. Salvador: editora juspodivm, 2013.

ROSSEAU, Jean Jacques. **Do Contrato Social**. Col. A obra prima de cada autor. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luis Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: saraiva, 2015.

SCHIMITT, Carl. **O Conceito do Político**. Petrópoles: editora vozes, 1992.

STRECK, Lenio Luiz. MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 7ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____.STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. 8ª ed. Rev. e Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado.